



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1996 Vol. 1

1^{er} cahier, 1996 Vol. 1

Cited as [1996] 1 S.C.R. 3-182

Renvoi [1996] 1 R.C.S. 3-182

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Chablis Textiles Inc. (Trustee of) v. London Life Insurance Co. 160

Insurance — Life insurance — Exclusion clause — Starting point of suicide exclusion period — Effect of backdating and increase in coverage on exclusion period — Civil Code of Lower Canada, arts. 2516, 2532.

Mooring v. Canada (National Parole Board) 75

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Jurisdiction — Parole — Parole Board revoking accused's statutory release partly on basis of evidence gathered in manner that may have been unconstitutional — Whether Parole Board "court of competent jurisdiction" for purpose of excluding evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

Chablis Textiles Inc. (Syndic de) c. London Life Insurance Co. 160

Assurance — Assurance-vie — Clause d'exclusion — Point de départ du délai d'exclusion de garantie en cas de suicide — Effet de l'antidate et de l'augmentation de couverture sur ce délai d'exclusion — Code civil du Bas-Canada, art. 2516, 2532.

Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) 75

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion d'éléments de preuve — Compétence — Libération conditionnelle — Révocation de la libération d'office de l'accusé par la Commission en partie sur la base d'éléments de preuve recueillis d'une manière peut-être inconstitutionnelle — La Commission

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — National Parole Board — Exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.

R. v. Austin..... 72

Criminal law — Sentencing — Firearms — Mandatory prohibition order — Trial judge's imposition of ten-year firearms prohibition restored.

R. v. Dewald..... 68

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Bringing administration of justice into disrepute — Admissibility — Demand for breath sample not made in accordance with Criminal Code and infringing appellant's Charter rights — Admission of evidence obtained as result of infringement not bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained as result of technical Charter breach — Admitting evidence not bringing administration of justice into disrepute.

R. v. Edwards..... 128

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence — Admissibility — Search of apartment of third party — Real evidence seized and admitted — Whether or not accused can challenge admission of evidence obtained as a result of a search of third party's premises — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. Evans..... 8

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Admissibility of evidence seized — Police sniffing marijuana at house door — Arrests made, premises secured, and search warrant for premises then obtained and executed — Marijuana plants seized — Whether or not "sniffing" for marijuana at house door a "search" under s. 8 of Charter — If so, whether or not that search "reasonable" — Whether or not search conducted pursuant to warrant violating s. 8 — Whether or not evidence obtained in violation of s. 8 must be excluded pursuant to s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. Fitt; R. v. Kouyas..... 70

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Expectation of privacy — Gambling devices seized by police in business establishment open to public — No infringement of accused's right to be secure against unreasonable search or seizure.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

est-elle un «tribunal compétent» pour écarter des éléments de preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Commission nationale des libérations conditionnelles — Exclusion d'éléments de preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.

R. c. Austin..... 72

Droit criminel — Détermination de la peine — Armes à feu — Ordonnance d'interdiction obligatoire — Rétablissement de l'interdiction imposée par le juge du procès de posséder une arme à feu pour une période de dix ans.

R. c. Dewald..... 68

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Déconsidération de la justice — Admissibilité — Demande d'échantillon d'haleine non conforme au Code criminel et portant atteinte aux droits garantis à l'appelant par la Charte — Utilisation de la preuve obtenue à la suite de l'atteinte non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue à la suite d'une violation technique de la Charte — Utilisation de la preuve non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

R. c. Edwards..... 128

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve — Admissibilité — Perquisition dans l'appartement d'un tiers — Preuve matérielle saisie et admise — Un accusé peut-il contester l'admission d'éléments de preuve obtenus par suite d'une perquisition dans les lieux occupés par un tiers? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. Evans..... 8

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Admissibilité de la preuve obtenue par saisie — Police sentant une odeur de marijuana à la porte d'une maison — Arrestations, garde des lieux et mandat de perquisition obtenu et exécuté par la suite dans les lieux — Saisie de plants de marijuana — La «recherche d'une odeur» de marijuana à la porte d'une maison constitue-t-elle une «fouille ou perquisition» au sens de l'art. 8 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette fouille ou perquisition était-elle «raisonnable»? — La fouille ou perquisition effectuée en vertu du mandat de perquisition violait-elle l'art. 8? — La preuve obtenue en violation de l'art. 8 doit-elle être écartée conformément à l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Thibert 37

Criminal law — Defences — Provocation — Whether provocation defence properly left with jury — Whether evidence met threshold test for leaving defence with jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 232.

Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council) 6

Administrative law — Access to information — Clerk of Privy Council justified in denying access to information requested.

St. Marys Paper Inc. (Re) 3

Bankruptcy — Trustee in bankruptcy — Definition of employer — Trustee rehiring employees — Trustee's liability to employee pension plan — Trustee making contributions to pension plans as goodwill gesture — Trustee falling within definition of employer — Appeal conceded to be moot — Appeal not warranting favourable exercise of Court's discretion to hear appeal.

Swantje v. Canada 73

Taxation — Income tax — Pension income — Whether taxpayer's German pension benefits to be included in calculating tax liability under Part I.2 of the Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 180.2 — Canada-Germany Tax Agreement Act, 1982, S.C. 1980-81-82-83, c. 156.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Fitt; R. c. Kouyas 70

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Attente en matière de vie privée — Dispositifs de jeu saisis par la police dans un établissement commercial ouvert au public — Aucune atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

R. c. Thibert 37

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise au jury? — La preuve satisfaisait-elle au critère préliminaire à respecter pour soumettre la défense au jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232.

Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé) 6

Droit administratif — Accès à l'information — Greffier du Conseil privé justifié de refuser l'accès aux renseignements demandés.

St. Marys Paper Inc. (Re) 3

Faillite — Syndic de faillite — Définition d'employeur — Syndic réembauchant des employés — Responsabilité du syndic envers le régime de retraite des employés — Syndic cotisant à titre gracieux aux régimes de retraite — Syndic visé par la définition d'employeur — Reconnaissance que le pourvoi est théorique — Pourvoi ne justifiant pas la Cour à exercer de façon favorable son pouvoir discrétionnaire d'en connaître.

Swantje c. Canada 73

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Revenu de pension — Les prestations de pension allemande du contribuable doivent-elles être incluses dans le calcul de l'impôt à payer en vertu de la partie I.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 180.2 — Loi de 1982 sur l'Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts, S.C. 1980-81-82-83, ch. 156.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1996

1^{er} volume, 1996

**Ernst & Young Inc., Trustee in
Bankruptcy Appellant**

v.

**Price Waterhouse Ltd., in its capacity as
Administrator of the Pension Plan for
Participating Unions of St. Marys Paper
Inc. and the Pension Plan of Non-Union
Employees of St. Marys Paper Inc., Former
Employees of St. Marys Paper Inc. and the
Communications, Energy and Paperworkers
Union of Canada and Locals 47-0, 67, 69
and 133 thereof Respondents**

and

Pension Commission of Ontario Intervener

INDEXED AS: ST. MARYS PAPER INC. (RE)

File No.: 24259.

1996: January 22.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Bankruptcy — Trustee in bankruptcy — Definition of
employer — Trustee rehiring employees — Trustee's lia-
bility to employee pension plan — Trustee making con-
tributions to pension plans as goodwill gesture —
Trustee falling within definition of employer — Appeal
conceded to be moot — Appeal not warranting favour-
able exercise of Court's discretion to hear appeal.*

Cases Cited

Referred to: *Borowski v. Canada (Attorney Gen-
eral)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court
of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 163, 73 O.A.C. 1,
116 D.L.R. (4th) 448, 26 C.B.R. (3d) 273, 4

*Major J. took no part in the judgment.

**Ernst & Young Inc., syndic de
faillite Appelante**

c.

**Price Waterhouse Ltd., en sa qualité
d'administrateur du régime de retraite des
syndicats participants de St. Marys Paper
Inc. et du régime de retraite des employés
non syndiqués de St. Marys Paper Inc., les
anciens employés de St. Marys Paper Inc. et
le Syndicat canadien des communications, de
l'énergie et du papier, et ses sections locales
47-0, 67, 69 et 133 Intimés**

et

**Commission des régimes de retraite de
l'Ontario Intervenante**

RÉPERTORIÉ: ST. MARYS PAPER INC. (RE)

N° du greffe: 24259.

1996: 22 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major*.

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

*Faillite — Syndic de faillite — Définition d'em-
ployeur — Syndic réembauchant des employés — Res-
ponsabilité du syndic envers le régime de retraite des
employés — Syndic cotisant à titre gracieux aux régimes
de retraite — Syndic visé par la définition d'employeur
— Reconnaissance que le pourvoi est théorique —
Pourvoi ne justifiant pas la Cour à exercer de façon
favorable son pouvoir discrétionnaire d'en connaître.*

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Borowski c. Canada (Procureur
général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de
l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 163, 73 O.A.C. 1,
116 D.L.R. (4th) 448, 26 C.B.R. (3d) 273, 4

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

C.C.P.B. 233, dismissing an appeal from a judgment of Farley J. (1993), 15 O.R. (3d) 359, 107 D.L.R. (4th) 715, 1 C.C.P.B. 27. Appeal dismissed.

Lyndon A. J. Barnes and R. Gordon Marantz, Q.C., for the appellant.

No one appeared for the respondent Price Waterhouse Ltd. in its capacity as Administrator of the Pension Plan for Participating Unions of St. Marys Paper Inc. and the Pension Plan of Non-Union Employees of St. Marys Paper Inc.

Chris G. Paliare and Clifton P. Prophet, for the respondents the Former Employees of St. Marys Paper Inc. and the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada and Locals 47-0, 67, 69 and 133 thereof.

Robert W. Staley, Paul Dempsey and Jacqueline Hatherly, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LA FOREST J. — We are all of the view that this appeal is moot, as conceded by the appellant, and that the appeal does not warrant the favourable exercise of our discretion to hear it pursuant to the criteria set forth in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

² Accordingly the appeal is dismissed with costs. Justice Major takes no part in this decision.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent Price Waterhouse Ltd., in its capacity as Administrator of the Pension Plan for Participating Unions of St. Marys Paper Inc. and the Pension Plan of Non-Union Employees of St. Marys Paper Inc.: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

C.C.P.B. 233, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Farley (1993), 15 O.R. (3d) 359, 107 D.L.R. (4th) 715, 1 C.C.P.B. 27. Pourvoi rejeté.

Lyndon A. J. Barnes et R. Gordon Marantz, c.r., pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée Price Waterhouse Ltd., en sa qualité d'administrateur du régime de retraite des syndicats participants de St. Marys Paper Inc. et du régime de retraite des employés non syndiqués de St. Marys Paper Inc.

Chris G. Paliare et Clifton P. Prophet, pour les intimés les anciens employés de St. Marys Paper Inc. et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, et ses sections locales 47-0, 67, 69 et 133.

Robert W. Staley, Paul Dempsey et Jacqueline Hatherly, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi est théorique, comme l'a admis l'appelante, et qu'il ne justifie pas que nous exercions de façon favorable notre pouvoir discrétionnaire d'en connaître conformément aux critères établis dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens. Le juge Major n'a pas pris part à la décision.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intimée Price Waterhouse Ltd., en sa qualité d'administrateur du régime de retraite des syndicats participants de St. Marys Paper Inc. et du régime de retraite des employés non syndiqués de St. Marys Paper Inc.: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the respondents the Former Employees of St. Marys Paper Inc. and the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada and Locals 47-0, 67, 69 and 133 thereof: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Solicitors for the intervener: Bennett, Jones, Verchere, Toronto.

Procureurs des intimés les anciens employés de St. Marys Paper Inc. et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, et ses sections locales 47-0, 67, 69 et 133: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante: Bennett, Jones, Verchere, Toronto.

Ken Rubin *Appellant*

v.

The Clerk of the Privy Council *Respondent*

INDEXED AS: RUBIN v. CANADA (CLERK OF THE PRIVY COUNCIL)

File No.: 24147.

1996: January 24.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Access to information — Clerk of Privy Council justified in denying access to information requested.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1994] 2 F.C. 707, 54 C.P.R. (3d) 511, 113 D.L.R. (4th) 275, 167 N.R. 43, 25 Admin. L.R. (2d) 241, reversing a decision of the Federal Court, Trial Division, [1993] 2 F.C. 391, 48 C.P.R. (3d) 348, 63 F.T.R. 1, 14 Admin. L.R. (2d) 246, granting an application for judicial review of a refusal to disclose information requested. Appeal dismissed.

Neil Wilson, for the appellant.

J. E. Thompson, Q.C., and *Meg Kinnear*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LA FOREST J. — The appeal is dismissed for the reasons given by Mr. Justice Stone of the Federal Court of Appeal, with the exception of costs. The appellant is entitled to his costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Ken Rubin *Appellant*

c.

Greffier du Conseil privé *Intimé*

RÉPERTORIÉ: RUBIN c. CANADA (GREFFIER DU CONSEIL PRIVÉ)

N° du greffe: 24147.

1996: 24 janvier.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Accès à l'information — Greffier du Conseil privé justifié de refuser l'accès aux renseignements demandés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1994] 2 C.F. 707, 54 C.P.R. (3d) 511, 113 D.L.R. (4th) 275, 167 N.R. 43, 25 Admin. L.R. (2d) 241, infirmant une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1993] 2 C.F. 391, 48 C.P.R. (3d) 348, 63 F.T.R. 1, 14 Admin. L.R. (2d) 246, qui avait fait droit à une demande de contrôle judiciaire visant le refus de divulguer les renseignements demandés. Pourvoi rejeté.

Neil Wilson, pour l'appelant.

J. E. Thompson, c.r., et *Meg Kinnear*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Le pourvoi est rejeté pour les motifs formulés par le juge Stone de la Cour d'appel fédérale, sauf pour ce qui est des dépens. L'appelant a droit à ses dépens devant toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

*Solicitor for the respondent: George Thomson,
Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: George Thomson,
Ottawa.*

**Cheryl Rae Evans and Robert Arthur
Evans Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. EVANS

File No.: 24359.

1995: May 4; 1996: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Admissibility of evidence seized — Police sniffing marijuana at house door — Arrests made, premises secured, and search warrant for premises then obtained and executed — Marijuana plants seized — Whether or not “sniffing” for marijuana at house door a “search” under s. 8 of Charter — If so, whether or not that search “reasonable” — Whether or not search conducted pursuant to warrant violating s. 8 — Whether or not evidence obtained in violation of s. 8 must be excluded pursuant to s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Plain clothes police officers, during the course of a, to that point, fruitless investigation occasioned by an anonymous tip, knocked on the appellants' door, identified themselves, smelled marijuana and immediately arrested the appellants. They secured the premises, including several marijuana plants. A search warrant was then sought and executed. The appellants were convicted of possession of marijuana for the purpose of trafficking and their appeal was dismissed. At issue here was: (1) whether or not the conduct of the police in “sniffing” for marijuana at the door to the appellants' house constituted a “search” within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (2) if so, whether or not that search was “reasonable” within the meaning of s. 8; (3) whether the second search of the house, conducted after a warrant had been obtained, violated s. 8 of the *Charter*; and (4) whether or not any evidence

**Cheryl Rae Evans et Robert Arthur
Evans Appelants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. EVANS

N° du greffe: 24359.

1995: 4 mai; 1996: 25 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Admissibilité de la preuve obtenue par saisie — Police sentant une odeur de marijuana à la porte d'une maison — Arrestations, garde des lieux et mandat de perquisition obtenu et exécuté par la suite dans les lieux — Saisie de plants de marijuana — La «recherche d'une odeur» de marijuana à la porte d'une maison constitue-t-elle une «fouille ou perquisition» au sens de l'art. 8 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette fouille ou perquisition était-elle «raisonnable»? — La fouille ou perquisition effectuée en vertu du mandat de perquisition violait-elle l'art. 8? — La preuve obtenue en violation de l'art. 8 doit-elle être écartée conformément à l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Au cours d'une enquête jusque-là infructueuse qu'ils avaient entreprise à la suite de renseignements obtenus d'un informateur anonyme, des policiers en tenue civile ont frappé à la porte des appelants, se sont identifiés, ont senti une odeur de marijuana et ont immédiatement arrêté les appelants. Ils ont gardé les lieux, où se trouvaient notamment plusieurs plants de marijuana. Un mandat de perquisition a ensuite été demandé, puis exécuté. Les appelants ont été déclarés coupables de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et leur appel a été rejeté. Les questions en litige sont les suivantes: (1) la conduite des policiers, qui étaient à la recherche d'une odeur de marijuana lorsqu'ils ont frappé à la porte des appelants, constituait-elle une «fouille ou perquisition» au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? (2) Dans l'affirmative, cette fouille ou perquisition était-elle «raisonnable» au sens de l'art. 8? (3) La seconde fouille ou perquisition effectuée dans la maison après l'obtention d'un mandat

obtained in violation of s. 8 must be excluded pursuant to s. 24(2).

Held: The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: Individuals have a reasonable expectation of privacy in the approach to their home which is waived for the purpose of facilitating communication with the public. Where members of the public (including police) exceed the terms of this waiver, and approach the door for some unauthorized purpose, they exceed the terms of the implied invitation to knock and approach the door as intruders. As a result, the police, where they approach a residential dwelling to secure evidence against the occupant, are engaged in a "search" of the occupant's home. The constitutional permissibility of such a "search" accordingly depends on whether or not the search is "reasonable" within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

A warrantless search is presumed to be unreasonable unless the party seeking to justify the search can rebut this presumption. The presumption was not rebutted here. Although the police conducted their warrantless search in a reasonable manner, their actions in approaching the appellants' house and searching for marijuana were not "authorized by law".

Warrants based solely on information gleaned in violation of the *Charter* are invalid. Where, however, the warrant was issued partially on the strength of tainted evidence and partially on properly obtained evidence, the court must consider whether the warrant would have been issued absent the improperly obtained evidence. Here, the warrant was invalid because the only untainted "evidence" supporting it was an unconfirmed anonymous tip. This tip was clearly insufficient to justify a warrant. As a result, the search conducted under the warrant was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

The admission of the impugned evidence would not render the appellants' trial unfair. The evidence was real evidence that existed irrespective of a *Charter* violation and the appellants were in no way conscripted against themselves in creating it. The violation of s. 8 was not particularly grave and the police acted in good faith.

a-t-elle violé l'art. 8 de la *Charte*? Et (4) tout élément de preuve obtenu en violation de l'art. 8 doit-il être écarté conformément au par. 24(2)?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Les gens ont une attente raisonnable en matière de vie privée qu'ils peuvent opposer aux personnes qui s'approchent de leur demeure et à laquelle ils renoncent dans le but de faciliter la communication avec le public. Quiconque (y compris les policiers) viole les conditions de cette renonciation et s'approche de la porte dans un but non autorisé outrepassé les conditions de l'invitation implicite à frapper à la porte et devient un intrus. Par conséquent, lorsque des policiers s'approchent d'une maison d'habitation dans le but de recueillir des éléments de preuve contre l'occupant, ils procèdent alors à une «fouille ou perquisition» dans la demeure de l'occupant. Pour savoir si une telle «fouille ou perquisition» est acceptable sur le plan constitutionnel, il faut déterminer si elle est «raisonnable» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Une fouille ou perquisition sans mandat est présumée abusive à moins que la partie qui cherche à la justifier ne puisse réfuter cette présomption. Cette présomption n'a pas été réfutée en l'espèce. Même si les policiers ont effectué leur fouille ou perquisition sans mandat d'une manière raisonnable, les actions qu'ils ont accomplies en s'approchant de la demeure des appelants et en recherchant de la marijuana n'étaient pas «autorisées par la loi».

Les mandats qui sont fondés uniquement sur des renseignements recueillis en violation de la *Charte* sont invalides. Toutefois, si le mandat a été obtenu en partie sur la foi d'une preuve viciée, et en partie sur la foi d'une preuve obtenue régulièrement, la cour doit examiner si le mandat aurait été décerné en l'absence de la preuve obtenue d'une façon abusive. En l'espèce, le mandat était invalide parce que la seule «preuve» non viciée le justifiant consistait en des renseignements non corroborés provenant d'un informateur anonyme. Ces renseignements étaient nettement insuffisants pour justifier un mandat. Par conséquent, la fouille ou perquisition effectuée en vertu du mandat était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

L'utilisation de la preuve contestée n'est pas susceptible de rendre inéquitable le procès des appelants. La preuve en question est une preuve matérielle qui existait indépendamment d'une violation de la *Charte* et les appelants n'ont d'aucune façon été mobilisés contre eux-mêmes pour la constituer. La violation de l'art. 8

Excluding the evidence would tarnish the image of the administration of justice much more than admitting it.

Per La Forest J.: Notwithstanding substantial agreement with Sopinka J., the issues were approached from a different perspective and additional comments were made reflecting this. Though the illegality here expressly arose out of s. 10 of the *Narcotic Control Act*, that would have been so at common law in any event because the courts considered such a power unreasonable. The sanctity of the home has long constituted a bulwark against state intrusion. The fact that the manner in which the police conducted themselves was not otherwise abusive does not alter the basic inconsistency of their act with this fundamental constitutional principle. Our society simply cannot accept police wandering about or “sniffing” around our homes. It is for Parliament, not the courts, to make exceptions to the rule, subject to the courts’ power to review whether Parliament’s action is constitutional.

Per Gonthier and Major JJ.: The common law recognizes an implied licence to approach and knock for a lawful purpose. The residents of the home may refuse permission and may also explicitly revoke this implied licence. Once lawfully at the door, however, sensory observations made from the door do not constitute searches within the meaning of s. 8 of the *Charter*. This conclusion follows both general principles of interpretation and the established law of search and seizure.

The public’s interest in being left alone by government must be balanced against the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. This balance must be considered not only in determining whether or not a search was reasonable, but also at the threshold stage of determining whether a particular investigative technique used by the police constitutes a search at all within the meaning of s. 8.

Every investigatory method used by the police constitutes a “search” in some measure. Section 8, however, only protects individuals against police conduct which violates a reasonable expectation of privacy. To hold

n’était pas particulièrement grave et les policiers ont agi de bonne foi. L’exclusion de la preuve ternirait l’image de l’administration de la justice bien plus que son utilisation.

Le juge La Forest: Bien qu’il y ait accord pour l’essentiel avec le juge Sopinka, les questions sont abordées sous un angle différent et d’autres commentaires sont faits pour refléter cela. Même si, en l’espèce, l’illégalité découle expressément de l’art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, il en aurait été de même en common law de toute façon parce que les tribunaux ont considéré qu’un tel pouvoir est abusif. L’inviolabilité de la demeure constitue depuis longtemps un rempart contre les intrusions de l’État. Le fait que les policiers se soient conduits d’une manière qui n’était pas par ailleurs abusive ne change rien à l’incompatibilité fondamentale de leurs actions avec ce principe constitutionnel de base. Notre société ne peut tout simplement pas accepter que des policiers flânent autour de nos demeures ou qu’ils y recherchent une odeur. Il appartient au Parlement, et non aux tribunaux, d’établir des exceptions à la règle, sous réserve du pouvoir des tribunaux d’examiner si l’action du Parlement est constitutionnelle.

Les juges Gonthier et Major: La common law reconnaît l’existence d’une autorisation implicite d’aller frapper à la porte de quelqu’un dans un but licite. Les occupants de la maison peuvent refuser cette permission et ils peuvent aussi décider de révoquer explicitement cette autorisation implicite. Cependant, une fois qu’une personne est arrivée légalement à la porte, les observations sensorielles qu’elle peut faire depuis cet endroit ne constituent pas une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Cette conclusion découle tant des principes généraux d’interprétation que du droit établi en matière de fouille, de perquisition et de saisie.

Le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit s’apprécier en fonction du droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. Il faut tenir compte de l’équilibre entre ces droits non seulement pour déterminer si une fouille ou perquisition est raisonnable, mais aussi à l’étape préliminaire où il s’agit de déterminer si une technique d’enquête particulière utilisée par la police constitue bel et bien une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8.

Toute méthode d’enquête utilisée par la police constitue, dans une certaine mesure, une «fouille» ou «perquisition». Toutefois, l’art. 8 protège les particuliers seulement contre la conduite policière qui viole une attente

that every police inquiry or question constitutes a search under s. 8 disregards entirely the public's interest in law enforcement in favour of an absolute but unrealistic right of privacy of all individuals against any state incursion however moderate. The police conduct here did not constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The officers properly exercised their implied licence and merely made observations of what was in plain view at the door.

The officers approached the house openly, in broad daylight, and the appellants retained choice and control over whether or not to open the door. In exercising that choice, they took the risk that whoever was standing there would use their senses, in the same way that choosing to speak to someone is an assumption of the risk that they will repeat what has been said.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons and results of Major J. were agreed with. However, it was not necessary and would be *obiter* to decide whether state intrusion would constitute a search of a home in circumstances where the implied licence to knock was revoked since that was neither an issue nor was it argued.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575; *R. v. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Campbell* (1993), 36 B.C.A.C. 204; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206.

By La Forest J.

Referred to: *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145.

By Major J.

Referred to: *Robson v. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407; *R. v. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13; *R. v. Johnson* (1994), 45 B.C.A.C. 102; *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36.

raisonnable en matière de vie privée. Affirmer que toute enquête ou toute interrogation menée par la police constitue une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 ne tient aucun compte de l'intérêt qu'a le public dans l'application des lois et accorde à toute personne un droit absolu, mais irréaliste, à la protection de la vie privée contre toute incursion de l'État, si modérée soit-elle. La conduite de la police, en l'espèce, ne constitue pas une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers se sont prévalus à bon droit de l'autorisation implicite qu'ils avaient et ont simplement fait des observations de ce qui était bien en vue depuis la porte.

Les policiers se sont approchés de la maison au vu de tous, en plein jour, et les appelants avaient le choix d'ouvrir ou de ne pas ouvrir la porte. En décidant d'ouvrir, ils ont pris le risque que quiconque serait à la porte se serve de ses sens, de la même façon que celui qui choisit de parler à une autre personne assume le risque qu'elle répète ce qui lui a été dit.

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord avec les motifs et la conclusion du juge Major. Cependant, étant donné qu'elle ne se pose pas et qu'elle n'a pas non plus été débattue, la question de savoir si l'intrusion de l'État constituerait une perquisition dans une demeure si l'autorisation implicite de frapper à la porte avait été révoquée ne constitue qu'un *obiter* et n'a pas à être tranchée.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575; *R. c. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Campbell* (1993), 36 B.C.A.C. 204; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Robson c. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407; *R. c. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13; *R. c. Johnson* (1994), 45 B.C.A.C. 102; *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 10, 12.

Authors Cited

Gellhorn, Walter. *Individual Freedom and Governmental Restraints*. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1956.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987 & 1995 Supp.

The Oxford English Dictionary, vol. XIV, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989, "search".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 93 C.C.C. (3d) 130, 24 C.R.R. (2d) 94, 49 B.C.A.C. 264, 80 W.A.C. 264, dismissing an appeal from conviction by Saunders J. Appeal dismissed.

G. D. McKinnon, Q.C., for the appellants.

S. David Frankel, Q.C., for the respondent.

The following are the reasons delivered by

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10, 12.

Doctrines citées

Gellhorn, Walter. *Individual Freedom and Governmental Restraints*. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1956.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987 & 1995 Supp.

The Oxford English Dictionary, vol. XIV, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989, «search».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 93 C.C.C. (3d) 130, 24 C.R.R. (2d) 94, 49 B.C.A.C. 264, 80 W.A.C. 264, qui a rejeté un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Saunders. Pourvoi rejeté.

G. D. McKinnon, c.r., pour les appelants.

S. David Frankel, c.r., pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Je partage, pour l'essentiel, l'avis de mon collègue le juge Sopinka, mais j'aborde certaines des questions en litige sous un angle quelque peu différent. Je me propose donc d'ajouter quelques mots afin de faire ressortir les nuances les plus importantes qui en résultent.

Je suis entièrement d'accord pour dire que les policiers se sont rendus chez les accusés dans le but d'effectuer une fouille ou perquisition. Ils n'avaient aucune autre raison de s'y rendre. J'ajoute que dans le cas où les policiers trouvent ce qu'ils cherchent, cela conduit presque inévitablement à une fouille ou perquisition plus poussée dans la maison d'habitation, et c'est ce qui s'est produit. Cela m'amène à la question de savoir si la fouille ou perquisition était raisonnable.

Mon collègue conclut que la fouille ou perquisition était abusive parce qu'elle était illégale. Je

¹ LA FOREST J. — I am in substantial agreement with my colleague, Justice Sopinka, but I approach some of the issues from a somewhat different perspective, and I propose to add a few words to reflect some of the more important nuances that flow from this.

² I fully agree that the police went on the accused persons' premises to search. They had no other business there. I add that, if the police found what they went for, this would almost inevitably lead to a more intrusive search of the dwelling, and in fact it did. Which leads me to the question of whether the search was reasonable.

³ My colleague holds that the search was unreasonable because it was illegal. I think it was illegal

because it was unreasonable. In the specific case with which we are dealing, a drug case, the illegality expressly arises out of s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. But that would be the case at common law in any event; see *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2. And that can only be because the courts considered such a power unreasonable in the kind of society we live in. The sanctity of the home has constituted a bulwark against the intrusion of state agents for hundreds of years. The fact that the manner in which the police conducted themselves was not otherwise abusive does not alter the basic inconsistency of their act with this fundamental constitutional principle. Our society simply cannot accept police wandering about or “sniffing” around our homes. As noted, the seemingly minor intrusion here would almost inevitably lead, and in fact did lead, to a more intrusive search. Attempts by police to enforce the law at people’s dwellings frequently leads to confrontations that can have far more serious consequences than the evil sought to be dealt with. The recent case of *R. v. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575 (C.A.), where the police shot and killed a suspect in the course of an altercation following upon a police investigation of an alleged speeding infraction at the suspect’s home, illustrates this point once again. This underlines the need of proceeding by warrant wherever possible as the law requires.

I realize that the police may have considerable difficulty in bringing to justice persons engaged in cultivating marijuana in their homes. If the issue is sufficiently serious, it is for Parliament to amend the law. Parliament is in a better position to obtain evidence supporting the need for a change and to assess the extent to which the change may affect householders who are not guilty of any crime. Judges are not in a position to receive such evidence, and they deal with specific cases that ordinarily involve people who have broken the law, a fact that does not encourage the broader perspective that should be brought to the issue. When

crois qu’elle était illégale parce qu’elle était abusive. Dans le cas précis qui nous occupe, une affaire de drogue, l’illégalité découle expressément de l’art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Mais il en serait de même en common law de toute façon; voir *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2. Et cela ne peut s’expliquer que par le fait que les tribunaux ont considéré qu’un tel pouvoir est abusif dans une société comme la nôtre. L’inviolabilité de la demeure constitue depuis des siècles un rempart contre les intrusions de représentants de l’État. Le fait que les policiers se soient conduits d’une manière qui n’était pas par ailleurs abusive ne change rien à l’incompatibilité fondamentale de leurs actions avec ce principe constitutionnel de base. Notre société ne peut tout simplement pas accepter que des policiers flânent autour de nos demeures ou qu’ils y recherchent une odeur. Comme je l’ai fait remarquer, l’intrusion apparemment insignifiante qui a eu lieu en l’espèce mène presque inévitablement, et a effectivement mené, à une fouille ou perquisition plus poussée. Les tentatives de la police d’appliquer la loi chez les gens engendrent souvent des confrontations qui peuvent avoir des conséquences bien plus graves que le mal que l’on cherche à enrayer. L’affaire récente *R. c. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575 (C.A.), constitue un autre exemple de cette situation: les policiers ont fait feu sur un suspect et l’ont tué chez lui au cours d’une altercation survenue dans le cadre d’une enquête sur une infraction d’excès de vitesse. Cela fait ressortir la nécessité d’agir en vertu d’un mandat dans tous les cas où cela est possible, comme la loi l’exige.

Je me rends compte qu’il peut être très difficile à la police de faire traduire en justice les personnes qui cultivent de la marijuana chez eux. Si ce problème est suffisamment grave, il appartient au Parlement de modifier la loi. Il est mieux placé pour obtenir la preuve justifiant des modifications et pour apprécier l’incidence que ces modifications peuvent avoir sur les occupants qui ne sont coupables d’aucun crime. Les juges ne sont pas en mesure de recevoir de tels éléments de preuve et ils sont appelés à se prononcer sur des cas où il est normalement question de personnes qui ont violé la loi, ce qui n’est pas propice à l’examen plus

Parliament has dealt with the issue, the courts can then consider whether its action is justifiable under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I have elsewhere set forth in more detail my views on the proper function of Parliament and of the courts in this area, and shall not repeat them at length here; see, *inter alia*, *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at pp. 187-88. But I simply wish to add that a judicially created restriction to a rule has a tendency to expand into other areas where the restriction is not compelling, and thus lead to a gradual erosion of the rule, which in this case has long been considered necessary to the protection of our freedom. As Walter Gellhorn has put it (*Individual Freedom and Governmental Restraints* (1956), at p. 40) "small restrictions [on our freedom] accumulate into large restrictions and, in the process, may become as habitual as, before, freedom was". (The passage is cited at greater length in *Landry*, *supra*, at p. 188.)

global auquel la question devrait être soumise. Une fois que le Parlement aura réglé la question, les tribunaux pourront alors examiner si son action est justifiable en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'ai déjà exposé plus longuement mon point de vue sur le rôle que doivent jouer le Parlement et les tribunaux dans ce domaine, et je ne répéterai pas ici tout ce que j'ai dit; voir, notamment, *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, aux pp. 187 et 188. Je tiens simplement à ajouter qu'une restriction apportée à une règle par les tribunaux a tendance à s'étendre à d'autres domaines où la restriction n'est pas nécessaire, et mène donc à une érosion progressive de la règle qui, en l'espèce, est depuis longtemps jugée nécessaire à la protection de notre liberté. Comme Walter Gellhorn l'a dit (*Individual Freedom and Governmental Restraints* (1956), à la p. 40), [TRADUCTION] «de petites restrictions [à notre liberté] finissent par en former de grandes et devenir, avec l'habitude, aussi normales que la liberté l'était auparavant». (Ce passage est tiré d'une citation plus longue dans l'arrêt *Landry*, précité, à la p. 188.)

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

5 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I agree with the reasons of my colleague Justice Major and with the result he reaches, subject to the following comment.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Major et avec sa conclusion, sous réserve du commentaire suivant.

6 It is not necessary to decide whether State intrusion would constitute a search of a home if its occupants chose "to revoke this implied licence explicitly, for example by installing a locked gate at the entrance to the property, or posting signs to that effect" (para. 42 of Major J.'s opinion), or when "[t]he prohibition could be a sign, a verbal instruction or some other *indicia* arising on the particular facts" (para. 49). Since these issues do not arise in this appeal and were not argued before us, they are strictly *obiter* and I prefer to leave them for another day.

Il n'est pas nécessaire de décider si l'intrusion de l'État constituerait une perquisition dans une demeure si ses occupants avaient décidé de «révoquer explicitement cette autorisation implicite, par exemple, en installant à l'entrée de la propriété un portail verrouillé ou en installant des écriteaux en ce sens» (par. 42 des motifs du juge Major), ou lorsque «[c]ette interdiction pourrait prendre la forme d'un écriteau ou d'instructions verbales, ou encore ressortir d'autres indices selon les faits en présence» (par. 49). Étant donné que ces questions ne se posent pas en l'espèce et qu'elles n'ont pas été débattues devant nous, elles ne constituent qu'un *obiter* et je préfère en reporter l'analyse à une autre occasion.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Major J.

The judgment of Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J. — Four issues are raised in this appeal. First, the Court must determine whether or not the conduct of the police in “sniffing” for marijuana at the door to the appellants’ home constituted a “search” within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Second, if the Court concludes that the conduct in question was a search for constitutional purposes, the Court must move on to decide whether or not that search was “reasonable” within the meaning of s. 8. Third, the Court must consider whether the second search of the Evans’ home, conducted after a warrant had been obtained, violated s. 8 of the *Charter*. Finally, the Court must determine whether or not any evidence obtained in violation of s. 8 in the instant case must be excluded pursuant to s. 24(2).

I. Was the Police Conduct a “Search”?

The first issue raised in this appeal is whether or not the conduct of the police in the instant case constituted a “search” within the meaning of s. 8. The conduct in question consisted of approaching the door to the Evans’ home and knocking, with the intent of “sniffing for marijuana” when the occupant opened the door. According to my colleague Justice Major, the conduct in question was not a search. With respect, I disagree.

I agree with Major J. that not every investigatory technique used by the police is a “search” within the meaning of s. 8. In particular, I agree with Major J.’s view that the Court must inquire into the purposes of s. 8 in determining whether or not a particular form of police conduct constitutes a “search” for constitutional purposes.

En conséquence, je statuerais sur le pourvoi de la façon proposée par le juge Major.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA — Quatre questions sont soulevées en l’espèce. Premièrement, la Cour doit déterminer si la conduite des policiers, qui étaient à la recherche d’une odeur de marijuana lorsqu’ils ont frappé à la porte des appelants, constitue une «fouille ou perquisition» au sens de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, si la Cour conclut que, sur le plan constitutionnel, la conduite en question était une fouille ou perquisition, elle doit ensuite décider si cette fouille ou perquisition était «raisonnable» au sens de l’art. 8. Troisièmement, la Cour doit déterminer si la seconde fouille ou perquisition effectuée dans la demeure des Evans, après l’obtention d’un mandat, a violé l’art. 8 de la *Charte*. Finalement, la Cour doit déterminer, le cas échéant, si les éléments de preuve obtenus ici en violation de l’art. 8 doivent être écartés conformément au par. 24(2).

I. La conduite des policiers constituait-elle une «fouille ou perquisition»?

Le présent pourvoi soulève d’abord la question de savoir si la conduite des policiers en l’espèce constituait une «fouille ou perquisition» au sens de l’art. 8. La conduite en question a consisté à s’approcher de la demeure des Evans et à frapper à leur porte, dans le but de rechercher une odeur de marijuana une fois que l’occupant aurait ouvert. Selon mon collègue le juge Major, la conduite en question ne constituait pas une fouille ou perquisition. En toute déférence, je ne partage pas cet avis.

Je suis d’accord avec le juge Major pour affirmer que toute technique d’enquête policière ne constitue pas forcément une «fouille ou perquisition» au sens de l’art. 8. Plus particulièrement, je partage l’opinion du juge Major selon laquelle la Cour doit s’interroger sur le but de l’art. 8 lorsqu’elle veut déterminer si, sur le plan constitutionnel, un type particulier de conduite policière constitue une «fouille ou perquisition».

7

8

9

10

11

What then is the purpose of s. 8 of the *Charter*? Previous decisions of this Court make it clear that the fundamental objective of s. 8 is to preserve the privacy interests of individuals. As this Court stated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160, the objective of s. 8 of the *Charter* is “to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy”. Clearly, it is only where a person’s reasonable expectations of privacy are somehow diminished by an investigatory technique that s. 8 of the *Charter* comes into play. As a result, not every form of examination conducted by the government will constitute a “search” for constitutional purposes. On the contrary, only where those state examinations constitute an intrusion upon some reasonable privacy interest of individuals does the government action in question constitute a “search” within the meaning of s. 8.

12

Given the foregoing definition of a “search” for constitutional purposes, it becomes necessary to determine whether the conduct of the police in the present case, namely “sniffing” for marijuana at the appellants’ front door, intruded upon some reasonable privacy interest of the appellants. If the conduct in question did intrude upon the appellants’ “reasonable expectations of privacy”, then the conduct is a search within the meaning of s. 8, and is subject to the requirements of that section. In assessing the appellants’ expectation of privacy, I agree with my colleague Major J. that it is necessary to consider the “invitation to knock” that individuals are deemed to extend to members of the public, including police. If the conduct of the police in approaching the Evans’ home and sniffing for marijuana is a form of activity contemplated by the invitation to knock, then no violation of any privacy interest can be made out. Clearly, an individual’s expectations of privacy cannot be infringed by conduct that has been authorized by the individual in question.

Quel est donc alors le but de l’art. 8 de la *Charte*? Des arrêts de notre Cour précisent clairement que l’art. 8 a pour objectif fondamental de protéger le droit des particuliers à la vie privée. Comme notre Cour l’a affirmé dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 160, l’art. 8 de la *Charte* a pour but de «protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée». De toute évidence, ce n’est que lorsque les attentes raisonnables d’une personne en matière de vie privée sont affectées d’une manière ou d’une autre par une technique d’enquête que l’art. 8 de la *Charte* entre en jeu. Par conséquent, tout type d’enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une «fouille ou perquisition». Au contraire, ce n’est que lorsque les enquêtes de l’État empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l’action gouvernementale en cause constitue une «fouille ou perquisition» au sens de l’art. 8.

Étant donné la définition précédente de ce qui constitue, sur le plan constitutionnel, une «fouille ou perquisition», il devient nécessaire de déterminer si la conduite des policiers en l’espèce, soit leur recherche d’une odeur de marijuana à l’entrée principale de la maison des appelants, a empiété sur quelque droit raisonnable des appelants à la vie privée. Si cette conduite a effectivement empiété sur une «attente raisonnable en matière de vie privée» des appelants, elle constitue alors une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8 et elle est assujettie aux exigences de cet article. Je suis d’accord avec mon collègue le juge Major pour dire qu’en appréciant l’attente des appelants en matière de vie privée, il faut prendre en considération l’«invitation à frapper à la porte» que les particuliers sont réputés faire aux membres du public, y compris les policiers. Si la conduite adoptée par les policiers en s’approchant de la maison des Evans et en recherchant une odeur de marijuana est un type d’activité visé par l’invitation à frapper à la porte, alors aucune violation du droit à la vie privée ne peut être alléguée. Il est clair qu’une conduite qui a été autorisée par une personne ne peut aller à l’encontre des attentes de cette personne en matière de vie privée.

I agree with Major J. that the common law has long recognized an implied licence for all members of the public, including police, to approach the door of a residence and knock. As the Ontario Court of Appeal recently stated in *R. v. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575, at p. 579:

The law is clear that the occupier of a dwelling gives implied licence to any member of the public, including a police officer, on legitimate business to come on to the property. The implied licence ends at the door of the dwelling. This proposition was laid down by the English Court of Appeal in *Robson v. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407, [1967] 2 Q.B. 939.

As a result, the occupier of a residential dwelling is deemed to grant the public permission to approach the door and knock. Where the police act in accordance with this implied invitation, they cannot be said to intrude upon the privacy of the occupant. The implied invitation, unless rebutted by a clear expression of intent, effectively waives the privacy interest that an individual might otherwise have in the approach to the door of his or her dwelling.

If one views the invitation to knock as a waiver of the occupier's expectation of privacy in the approach to his or her home, it becomes necessary to determine the terms of that waiver. Clearly, under the "implied licence to knock", the occupier of a home may be taken to authorize certain persons to approach his or her home for certain purposes. However, this does not imply that all persons are welcome to approach the home regardless of the purpose of their visit. For example, it would be ludicrous to argue that the invitation to knock invites a burglar to approach the door in order to "case" the house. The waiver of privacy interests that is entailed by the invitation to knock cannot be taken to go that far.

Je suis d'accord avec le juge Major pour dire que la common law reconnaît depuis longtemps que tous les membres du public, y compris les policiers, sont implicitement autorisés à s'approcher de la porte d'une résidence et à y frapper. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a récemment affirmé dans *R. c. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575, à la p. 579:

[TRADUCTION] Il est clair en droit que l'occupant d'une maison d'habitation autorise implicitement tout membre du public, y compris un policier, à pénétrer sur sa propriété à des fins légitimes. Cette autorisation implicite vaut jusqu'à la porte de la maison. Cette thèse a été énoncée par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Robson c. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407, [1967] 2 Q.B. 939.

Il s'ensuit que l'occupant d'une maison d'habitation est réputé accorder au public l'autorisation de s'approcher de sa porte et d'y frapper. Lorsque les policiers agissent conformément à cette invitation implicite, on ne peut affirmer qu'ils commettent une intrusion dans la vie privée de l'occupant. L'invitation implicite, à moins d'être retirée expressément, est une renonciation effective au droit à la vie privée qu'une personne pourrait par ailleurs opposer à ceux qui s'approchent de la porte de sa demeure.

Si l'on perçoit l'invitation à frapper à la porte comme une renonciation de l'occupant aux attentes en matière de vie privée qu'il peut opposer aux personnes qui s'approchent de sa demeure, il devient nécessaire de déterminer les conditions de cette renonciation. Il est clair qu'en vertu de l'«autorisation implicite de frapper à la porte», on peut considérer que l'occupant d'une maison autorise certaines personnes à s'en approcher à certaines fins. Cependant, cela ne signifie pas que toute personne est libre de s'approcher de la maison, quel que soit le but de sa visite. Par exemple, il serait ridicule de faire valoir que l'invitation à frapper à la porte d'une maison permet à un cambrioleur de s'en approcher pour inspecter les lieux. On ne saurait considérer que la renonciation aux droits à la vie privée qui découle de l'invitation à frapper à la porte va jusque-là.

13

14

15 In determining the scope of activities that are authorized by the implied invitation to knock, it is important to bear in mind the purpose of the implied invitation. According to the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13, the purpose of the implied invitation is to facilitate communication between the public and the occupant. As the Court in *Bushman* stated, at p. 19:

The purpose of the implied leave and licence to proceed from the street to the door of a house possessed by a police officer who has lawful business with the occupant of the house is to enable the police officer to reach a point in relation to the house where he can conveniently and in a normal manner communicate with the occupant.

I agree with this statement of the law. In my view, the implied invitation to knock extends no further than is required to permit convenient communication with the occupant of the dwelling. The “waiver” of privacy rights embodied in the implied invitation extends no further than is required to effect this purpose. As a result, only those activities that are reasonably associated with the purpose of communicating with the occupant are authorized by the “implied licence to knock”. Where the conduct of the police (or any member of the public) goes beyond that which is permitted by the implied licence to knock, the implied “conditions” of that licence have effectively been breached, and the person carrying out the unauthorized activity approaches the dwelling as an intruder.

Pour déterminer l'étendue des activités qui sont permises en vertu de l'invitation implicite à frapper à la porte, il est important d'avoir à l'esprit le but de l'invitation implicite. Selon la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *R. c. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13, à la p. 19, l'invitation implicite a pour but de faciliter la communication entre le public et l'occupant:

[TRADUCTION] Le but de l'autorisation implicite de quitter la rue pour se rendre jusqu'à la porte d'une maison, qu'a le policier qui a affaire légitimement à l'occupant de cette maison, est de permettre au policier de se rendre à un endroit aux abords de la maison d'où il peut communiquer convenablement et normalement avec l'occupant.

Je suis d'accord avec cet énoncé du droit. À mon avis, l'invitation implicite à frapper à la porte ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il y ait communication convenable avec l'occupant de la maison. La «renonciation» aux droits à la vie privée que comporte l'invitation implicite ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. Il s'ensuit que seules les activités qui sont raisonnablement liées au but de communiquer avec l'occupant sont permises en vertu de l'«autorisation implicite de frapper à la porte». Lorsque la conduite des policiers (ou de qui que ce soit) va au-delà de ce qui est permis en vertu de l'autorisation implicite de frapper à la porte, les «conditions» implicites de cette autorisation sont effectivement violées et l'auteur de l'activité non autorisée qui s'approche de la maison devient un intrus.

16 In the present case, I am of the view that the actions of the police went beyond the forms of conduct permitted by the implied licence to knock. Although I accept that one objective of the police in approaching the Evans' door was to communicate with the occupants of the dwelling in accordance with the implied licence to knock, the evidence makes it clear that a subsidiary purpose of approaching the Evans' door was to attempt to “get a whif [*sic*] or a smell” of marijuana. As a result, the police approached the Evans' home not merely out of a desire to communicate with the occupants, but also in the hope of securing evi-

En l'espèce, je suis d'avis que les actions des policiers sont allées au-delà du type de conduite permis en vertu de l'autorisation implicite de frapper à la porte. Bien que j'admette que l'un des buts poursuivis par les policiers en s'approchant de la maison des Evans était de communiquer avec ses occupants conformément à l'autorisation implicite de frapper à leur porte, la preuve révèle clairement que, ce faisant, ils poursuivaient un but subsidiaire, soit de [TRADUCTION] «sentir» la marijuana. Par conséquent, les policiers se sont approchés de la demeure des Evans non pas simplement dans le but de communiquer avec les occupants, mais égale-

dence against them. Clearly, occupiers of a dwelling cannot be presumed to invite the police (or anyone else) to approach their home for the purpose of substantiating a criminal charge against them. Any “waiver” of privacy rights that can be implied through the “invitation to knock” simply fails to extend that far. As a result, where the agents of the state approach a dwelling with the intention of gathering evidence against the occupant, the police have exceeded any authority that is implied by the invitation to knock.

As noted above, my colleague Major J. would hold that the conduct of the police in the present case did not constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In his view, the police were merely acting on the implied invitation to knock when approaching the Evans’ door for the purpose of seeking evidence against the appellants. In Major J.’s opinion, the fact that the police intended to “sniff” for marijuana once the Evans’ door was opened does not affect the validity of the officers’ conduct. Simply put, Major J. would hold that the underlying purpose or intent of the police in approaching the Evans’ door “does not affect the right to knock on the door”.

Despite the difficulties involved in proving police “intention” when they approach a person’s home, I disagree with Major J. that the intention of the police is irrelevant in assessing the legality of their actions. As stated above, the implied licence to knock extends only to activities for the purpose of facilitating communication with the occupant. Anything beyond this “licensed purpose” is not authorized by the implied invitation. In my view, an analogy can be drawn between the present case and the decisions of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62. In those cases, it was held that “participant surveillance” through the electronic recording of a private conversation constitutes a “search” within the meaning of s. 8. According to the

ment dans l’espoir de recueillir des éléments de preuve contre eux. De toute évidence, on ne peut pas présumer que les occupants d’une maison invitent les policiers (ou qui que ce soit) à s’approcher de leur maison pour établir le bien-fondé d’une accusation portée contre eux. Toute «renonciation» aux droits à la vie privée dont l’existence peut se déduire de l’«invitation à frapper à la porte» ne va tout simplement pas jusque-là. Il s’ensuit que, lorsque les représentants de l’État s’approchent d’une maison dans le but de recueillir des éléments de preuve contre l’occupant, ils outrepassent toute autorisation que l’invitation à frapper à la porte comporte implicitement.

Comme je l’ai déjà mentionné, mon collègue le juge Major est d’avis que la conduite des policiers en l’espèce ne constituait pas une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Quant à lui, les policiers ne faisaient que donner suite à l’invitation implicite à frapper à la porte lorsqu’ils se sont approchés de la demeure des Evans dans le but de chercher des éléments de preuve contre les appelants. Selon le juge Major, le fait que les policiers aient eu l’intention de rechercher une odeur de marijuana une fois que la porte des Evans serait ouverte n’affecte pas la validité de leur conduite. Le juge Major est simplement d’avis que le but ou l’intention sous-jacents des policiers lorsqu’ils se sont approchés de la porte des Evans «ne change rien au droit [d’y] frapper».

Malgré qu’il puisse être difficile de déterminer quelle est l’«intention» des policiers lorsqu’ils s’approchent d’une résidence, je ne partage pas l’opinion du juge Major selon laquelle l’intention des policiers n’est pas pertinente pour apprécier la légalité de leurs actions. Comme je l’ai affirmé ci-dessus, l’autorisation implicite de frapper à la porte ne s’applique qu’aux activités qui visent à faciliter la communication avec l’occupant. L’invitation implicite ne permet pas d’accomplir quoi que ce soit au-delà de ce «but autorisé». À mon avis, il est possible d’établir une analogie entre la présente affaire et les arrêts de notre Cour *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62. Dans ces arrêts, la Cour a statué que la «surveillance participative» effectuée au

17

18

majority in *Duarte* (at p. 46), “privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself”. Thus, while an individual may explicitly “invite” another to engage in private conversation, the invitation cannot be extended to authorize an activity with a different purpose, namely, the surreptitious recording of what is said. Where the person purporting to act on the “invitation to converse” exceeds the bounds of that invitation, the activity in question may constitute a “search” for constitutional purposes. Similarly, where the police, as here, purport to rely on the invitation to knock and approach a dwelling for the purpose, *inter alia*, of securing evidence against the occupant, they have exceeded the bounds of any implied invitation and are engaging in a search of the occupant’s home. Since the implied invitation is for a specific purpose, the invitee’s purpose is all-important in determining whether his or her activity is authorized by the invitation.

moyen de l’enregistrement électronique d’une conversation privée constitue une «fouille ou perquisition» au sens de l’art. 8. Selon les juges majoritaires dans l’arrêt *Duarte* (à la p. 46), «la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant». Par conséquent, bien qu’une personne puisse explicitement «inviter» une autre personne à engager une conversation privée avec elle, cette invitation ne saurait aller jusqu’à autoriser une activité visant un but différent, notamment l’enregistrement clandestin de ce qui est dit. Lorsque la personne censée donner suite à l’«invitation à converser» excède les limites de cette invitation, l’activité en question peut constituer, sur le plan constitutionnel, une «fouille ou perquisition». De même, lorsque les policiers prétendent, comme en l’espèce, s’appuyer sur l’invitation à frapper à la porte d’une maison et s’en approcher dans le but, notamment, de recueillir des éléments de preuve contre l’occupant, ils excèdent les limites de toute invitation implicite et procèdent à une fouille ou perquisition dans la demeure de l’occupant. Étant donné que l’invitation implicite vise un but précis, le but poursuivi par la personne invitée est capital pour déterminer si son activité est autorisée par l’invitation.

19

This was the conclusion reached in *R. v. Campbell* (1993), 36 B.C.A.C. 204. In that case, the police knocked on the accused’s door in order to investigate the possession of stolen property. The police had received an anonymous tip regarding stolen furniture. They did not have reasonable and probable grounds to obtain a search warrant. When the door was answered, the officers could see what appeared to be one of the items of stolen furniture. At that point, the occupant was arrested and the police then obtained a search warrant based on this further evidence. The police seized other items which were stolen. Just as in the case at bar, it was acknowledged that the purpose of going to the residence was to make inquiries as a follow-up to the tip and to see if any stolen furniture was visible through the open front door when the occupant answered the knock. The trial judge found this to be an unreasonable search and no issue was taken

C’est la conclusion qui a été tirée dans *R. c. Campbell* (1993), 36 B.C.A.C. 204. Dans cette affaire, les policiers ont frappé à la porte de l’accusé pour enquêter sur la possession de biens volés. Ils avaient reçu d’un informateur anonyme des renseignements sur des meubles volés. Ils n’avaient aucun motif raisonnable et probable d’obtenir un mandat de perquisition. Lorsqu’on leur a ouvert, les policiers ont pu voir ce qui semblait être l’un des meubles volés. L’occupant a alors été arrêté et les policiers ont obtenu un mandat de perquisition fondé sur cet autre élément de preuve. Ils ont saisi d’autres articles volés. Exactement comme en l’espèce, on a reconnu que le but poursuivi en allant à la résidence était de faire enquête sur la foi des renseignements obtenus et de vérifier s’il serait possible d’apercevoir des meubles volés une fois que l’occupant aurait ouvert la porte de l’entrée principale. Le juge du

with that finding on appeal. However, it was held that the police acted in good faith believing that the “knock on” search was lawful and so the evidence was admitted.

In my view, there are sound policy reasons for holding that the intention of the police in approaching an individual’s dwelling is relevant in determining whether or not the activity in question is a “search” within the meaning of s. 8. If the position of my colleague is accepted and intention is not a relevant factor, the police would then be authorized to rely on the “implied licence to knock” for the purpose of randomly checking homes for evidence of criminal activity. The police could enter a neighbourhood with a high incidence of crime and conduct surprise “spot-checks” of the private homes of unsuspecting citizens, surreptitiously relying on the implied licence to approach the door and knock. Clearly, this Orwellian vision of police authority is beyond the pale of any “implied invitation”. As a result, I would hold that in cases such as this one, where evidence clearly establishes that the police have specifically adverted to the possibility of securing evidence against the accused through “knocking on the door”, the police have exceeded the authority conferred by the implied licence to knock.

For these reasons, I conclude that individuals in the position of the Evans have a reasonable expectation of privacy in the approach to their home, an expectation that is waived for the purpose of facilitating communication with the public. Where members of the public (including police) exceed the terms of this waiver, and approach the door for some unauthorized purpose, they exceed the implied invitation and approach the door as intruders. As a result, where the police, as here, approach a residential dwelling for the purpose of securing evidence against the occupant, the police are

procès a conclu qu’il s’agissait d’une fouille ou perquisition abusive, conclusion qui n’a pas été contestée en appel. Par contre, on a conclu que les policiers avaient agi de bonne foi en raison de leur conviction que la fouille ou perquisition faite «en frappant à la porte» était légale, et la preuve ainsi obtenue a été admise.

À mon avis, il existe, sur le plan des principes, de bonnes raisons de statuer que l’intention des policiers, lorsqu’ils s’approchent de la maison d’un particulier, est pertinente pour déterminer si l’activité en question est une «fouille ou perquisition» au sens de l’art. 8. Si la position de mon collègue était acceptée et que l’intention n’était pas un facteur pertinent, les policiers pourraient alors s’appuyer sur l’«autorisation implicite de frapper à la porte» pour effectuer des inspections au hasard de maisons afin d’obtenir des éléments de preuve d’activités criminelles. Ils pourraient se rendre dans un quartier ayant un haut taux de criminalité et procéder à des «contrôles-surprises» dans les demeures de particuliers qui ne se douteraient de rien, feignant s’appuyer sur l’autorisation implicite de s’approcher de la porte et d’y frapper. Il est évident que cette vision orwellienne des pouvoirs de la police dépasse les bornes de quelque «invitation implicite» que ce soit. Par conséquent, je statuerais que, dans des cas comme la présente affaire, où la preuve établit clairement que les policiers ont expressément envisagé la possibilité de recueillir des éléments de preuve contre les accusés «en frappant à la porte», ceux-ci ont outrepassé la permission accordée par l’autorisation implicite de frapper à la porte.

Pour ces motifs, je conclus que les personnes dans la situation des Evans ont une attente raisonnable en matière de vie privée qu’elles peuvent opposer aux gens qui s’approchent de leur demeure, une attente à laquelle elles renoncent dans le but de faciliter la communication avec le public. Quiconque (y compris les policiers) viole les conditions de cette renonciation et s’approche de la porte dans un but non autorisé outrepassé l’invitation implicite et devient un intrus. Par conséquent, lorsque des policiers, comme en l’espèce, s’approchent d’une maison dans le but de recueillir

engaged in a “search” of the occupant’s home. The constitutional permissibility of such a “search” will accordingly depend on whether or not the search is “reasonable” within the meaning of s. 8.

II. Reasonableness

22 Having determined that the police were engaged in a search when they approached the Evans’ home to “sniff” for marijuana, it becomes necessary to decide whether or not that search was “reasonable” within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

23 When the police approached the Evans’ home to knock on the door and sniff for marijuana, they were doing so without prior authorization. According to this Court in *Hunter, supra*, a warrantless search is *prima facie* unreasonable. In other words, a warrantless search is presumed to be unreasonable unless the party seeking to justify the search can “rebut this presumption of unreasonableness” (*Hunter, supra*, at p. 161). According to this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, in order to rebut the presumption of unreasonableness the Crown must establish three things, namely (1) that the search was authorized by law, (2) that the law authorizing the search was reasonable, and (3) that the manner in which the search was carried out was reasonable. Only where these three criteria are met is the “presumption of unreasonableness” rebutted: in all other cases, a warrantless search infringes s. 8 of the *Charter*.

24 In the instant case, the manner in which the police conducted their search was clearly reasonable. The police attended the Evans’ home based on reasonable suspicions and did nothing more than “sniff” for marijuana. Despite the reasonableness of the officers’ actions, however, I must nonetheless hold that the presumption of unreasonableness has not been rebutted. Clearly, the actions of the

des éléments de preuve contre l’occupant, ils procèdent alors à une «fouille ou perquisition» dans la demeure de l’occupant. Pour savoir si une telle «fouille ou perquisition» est acceptable sur le plan constitutionnel, il faudra déterminer si elle est «raisonnable» au sens de l’art. 8.

II. Le caractère raisonnable

Après avoir décidé que les policiers ont procédé à une fouille ou perquisition lorsqu’ils se sont approchés de la demeure des Evans dans le but de rechercher une odeur de marijuana, il devient nécessaire de déterminer si cette fouille ou perquisition était «raisonnable» au sens de l’art. 8 de la *Charte*.

Lorsque les policiers se sont approchés de la demeure des Evans pour frapper à la porte et rechercher une odeur de marijuana, ils agissaient sans autorisation préalable. Selon notre Cour dans l’arrêt *Hunter*, précité, une fouille ou perquisition sans mandat est à première vue abusive. En d’autres termes, une fouille ou perquisition sans mandat est présumée abusive à moins que la partie qui cherche à la justifier ne puisse «réfuter cette présomption du caractère abusif» (*Hunter*, précité, à la p. 161). Selon notre Cour dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278, pour réfuter la présomption du caractère abusif, le ministère public doit établir trois choses, savoir (1) que la fouille ou perquisition était autorisée par la loi, (2) que la loi autorisant la fouille ou perquisition était raisonnable et (3) que la fouille ou perquisition a été effectuée d’une manière raisonnable. Ce n’est que lorsqu’on a satisfait à ces trois critères que l’on parvient à réfuter la «présomption du caractère abusif»: dans tous les autres cas, une fouille ou perquisition sans mandat viole l’art. 8 de la *Charte*.

En l’espèce, la manière dont les policiers ont effectué la fouille ou perquisition était clairement raisonnable. Ils se sont rendus à la résidence des Evans sur la foi de soupçons raisonnables et n’ont rien fait d’autre que rechercher une odeur de marijuana. En dépit du caractère raisonnable des actions des policiers, je dois néanmoins conclure que la présomption du caractère abusif n’a pas été

police in approaching the Evans' home and searching for marijuana were not "authorized by law" within the meaning of this Court's decision in *Collins*. By virtue of ss. 10 and 12 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, a search warrant is required in order to search a dwelling in connection with an investigation of an alleged offence under that Act. These provisions would take precedence over any common law right to search based on the "knock on" principles. But even if the statutory provisions in ss. 10 and 12 of the *Narcotic Control Act* were subject to the "knock on" principles, the implied invitation at common law would not extend to authorize an olfactory search.

As a result, the first and second prerequisites to rebut the presumption of unreasonableness, namely (1) that the search was authorized by law, and (2) that the law in question was reasonable, are not satisfied in this case. The inquiry into "reasonableness" ends there. As the conduct of the police lacked any form of prior authorization, it cannot be upheld as "reasonable" within the meaning of s. 8. The conduct of the police was therefore a "search" which was "unreasonable", and accordingly ran afoul of s. 8 of the *Charter*.

III. The Warrant

Following their initial search of the Evans' home, the police obtained a warrant based in part on the odour of marijuana that was detected when Mr. Evans opened his door. Some of the evidence supporting this warrant (i.e., the odour of marijuana) would not have been obtained had the police abided by the constitutional restrictions on their powers of search and seizure. As this Court pointed out in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, warrants based solely on information gleaned in violation of the *Charter* are invalid. However, where the warrant was issued only partially on the strength of tainted evidence, and partially on evi-

réfutée. De toute évidence, les actions accomplies par les policiers en s'approchant de la demeure des Evans et en recherchant de la marijuana n'étaient pas «autorisées par la loi», au sens que notre Cour a donné à ces termes dans l'arrêt *Collins*. En vertu des art. 10 et 12 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, un mandat de perquisition est nécessaire pour effectuer une fouille ou perquisition dans une maison d'habitation, dans le cadre d'une enquête sur une allégation de contravention à cette loi. Ces dispositions auraient préséance sur tout droit, reconnu en common law, d'effectuer une fouille ou perquisition en vertu des principes de l'«autorisation de frapper à la porte». Mais même si les dispositions des art. 10 et 12 de la *Loi sur les stupéfiants* étaient assujetties aux principes de l'«autorisation de frapper à la porte», l'invitation implicite en common law n'irait pas jusqu'à autoriser une fouille ou perquisition olfactive.

Par conséquent, les première et deuxième conditions préalables à la réfutation de la présomption du caractère abusif, soit (1) que la fouille ou perquisition était autorisée par la loi et (2) que la loi en question est raisonnable, ne sont pas remplies en l'espèce. L'analyse du «caractère raisonnable» s'arrête là. Étant donné que la conduite des policiers n'était justifiée par aucun type d'autorisation préalable, elle ne peut être qualifiée de «raisonnable» au sens de l'art. 8. La conduite des policiers était donc une «fouille ou perquisition abusive» qui, par conséquent, allait à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*.

III. Le mandat

Après leur première fouille ou perquisition dans la demeure des Evans, les policiers ont obtenu un mandat justifié en partie par l'odeur de marijuana détectée lorsque M. Evans a ouvert la porte. Une partie de la preuve justifiant ce mandat (c.-à-d. l'odeur de marijuana) n'aurait pas été obtenue si la police avait respecté les limites que la Constitution impose à leurs pouvoirs en matière de fouille, perquisition et saisie. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, les mandats qui sont fondés uniquement sur des renseignements recueillis en violation de la *Charte* sont invalides. Toutefois, si le mandat a été obtenu

dence that was properly obtained, the court must “consider whether the warrant would have been issued had the improperly obtained facts been excised from the information sworn to obtain the warrant” (*R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 251). As the Court stated in *Grant*, at pp. 251-52:

In this way, the state is prevented from benefiting from the illegal acts of police officers, without being forced to sacrifice search warrants which would have been issued in any event. Accordingly, the warrant and search conducted thereunder . . . will be considered constitutionally sound if the warrant would have issued had the observations gleaned through the unconstitutional . . . searches been excised from the information.

In the case at bar, the only untainted “evidence” supporting the warrant was an unconfirmed tip provided by an anonymous “Crime Stoppers” informant. As Rowles J.A. pointed out in the court below, the police viewed this evidence as “slim” and had some doubts as to its validity prior to “sniffing” the marijuana at the Evans’ front door. Indeed, Saunders J. of the British Columbia Supreme Court explicitly found that all of the officers agreed that, before the unauthorized search of the Evans’ home, “they had insufficient information to obtain a search warrant or an authorization of electronic surveillance”. In my view, the officers’ doubts as to the sufficiency of their information were correct. As a result, I would hold that the warrant on which the officers relied in the second search of the Evans’ home was invalid, and that the search conducted thereunder was accordingly unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

en partie seulement sur la foi d’une preuve viciée, et en partie sur la foi d’une preuve obtenue régulièrement, la cour doit «examiner si le mandat aurait été décerné sans la mention, dans la dénonciation faite sous serment aux fins de l’obtention du mandat, des faits obtenus d’une façon abusive» (*R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la p. 251). Comme notre Cour l’affirme dans l’arrêt *Grant*, aux pp. 251 et 252:

De cette façon, le ministère public ne peut profiter des actes illégaux des policiers, sans être forcé de renoncer à des mandats de perquisition qui auraient été décernés de toute façon. En conséquence, le mandat et la perquisition [. . .] seront jugés valides en vertu de la Constitution si le mandat aurait été décerné sans la mention dans la dénonciation des constatations faites lors des perquisitions [. . .] inconstitutionnelles.

En l’espèce, la seule «preuve» non viciée justifiant le mandat consistait en des renseignements non corroborés provenant d’un informateur anonyme d’«Échec au crime». Comme l’a fait remarquer le juge Rowles de la Cour d’appel, les policiers considéraient que cette preuve était [TRADUCTION] «mince» et doutaient de sa validité avant de sentir une odeur de marijuana à l’entrée principale des Evans. En fait, le juge Saunders de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu explicitement que tous les policiers avaient convenu, avant de procéder à la fouille ou à la perquisition non autorisée dans la demeure des Evans, qu’[TRADUCTION] «ils n’avaient pas assez de renseignements pour obtenir un mandat de perquisition ou une autorisation de surveillance électronique». À mon avis, les doutes que les policiers avaient au sujet du caractère suffisant des renseignements qu’ils avaient obtenus étaient justifiés. Par conséquent, je suis d’avis que le mandat que les policiers ont utilisé lors de leur seconde fouille ou perquisition dans la demeure des Evans était invalide, et que la fouille ou perquisition effectuée en vertu de ce mandat était donc abusive au sens de l’art. 8 de la *Charte*.

27

Having determined that all of the evidence gathered through the searches of the Evans’ home was obtained in a manner that violated the *Charter*, it becomes necessary to consider whether or not that evidence must be excluded pursuant to s. 24(2). If

Après avoir statué que toute la preuve recueillie par suite des fouilles ou perquisitions effectuées dans la demeure des Evans avait été obtenue d’une manière contraire à la *Charte*, il devient nécessaire de déterminer si cette preuve doit être écartée con-

the evidence is excluded, the Crown has no basis upon which to proceed against the appellants.

IV. Section 24(2) of the Charter

The test for determining whether or not evidence obtained in breach of the *Charter* must be excluded under s. 24(2) was set out by this Court in *Collins, supra*, and summarized in the following passage from *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59:

First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" [*Collins, supra*] (p. 284). One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible. [Emphasis in original.]

In the instant case, I would find that the admission of the impugned evidence would not render the appellants' trial unfair. The evidence in question is real evidence that existed irrespective of a *Charter* violation. Moreover, the appellants were not conscripted against themselves in the creation of the evidence, as the evidence pre-existed the

formément au par. 24(2). Si la preuve est écartée, le ministère public n'aura plus de motifs de poursuivre les appelants.

IV. Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le critère applicable pour déterminer si la preuve obtenue en violation de la *Charte* doit être écartée en vertu du par. 24(2) a été établi par notre Cour dans l'arrêt *Collins*, précité, et résumé dans l'extrait suivant de l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559:

Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, «l'utilisation de la preuve [. . .] tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» [*Collins*, précité] (p. 284). L'un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s'il s'agit d'une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Finalement, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, je suis d'avis que l'utilisation de la preuve contestée n'est pas susceptible de rendre inéquitable le procès des appelants. La preuve en question est une preuve matérielle qui existait indépendamment d'une violation de la *Charte*. De plus, les appels n'ont pas été mobilisés contre eux-mêmes pour constituer la preuve, étant donné

violation of s. 8. Any participation of the accused persons in the discovery of this evidence involving a breach of their *Charter* rights was minimal at best. The evidence at issue in this appeal was clearly “discoverable” without recourse to a *Charter* violation. Several lawful investigatory techniques were available to the police, including surveillance of the appellants’ house, searches through the appellants’ garbage, overhead infra red photography or a further inquiry to B.C. Hydro. To borrow the language of this Court in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at p. 293, the marijuana plants at issue in this appeal “pre-existed the state action which is called into question, and were there to be discovered by investigative means not involving the accused”. As this evidence was real, discoverable evidence within the meaning of previous judgments of this Court, the trial would not be rendered unfair by its admission.

que cette preuve existait avant la violation de l’art. 8. La participation des accusés, le cas échéant, à la découverte de cette preuve impliquant une violation de leurs droits garantis par la *Charte* a été tout au plus minime. Il est évident que la preuve dont il est question en l’espèce «pouvait être découverte» sans qu’on ait à violer la *Charte*. La police pouvait recourir à plusieurs techniques d’enquête légales, dont la surveillance de la demeure des appelants, la fouille de leurs ordures, la photographie à infra-rouge en plongée ou une autre enquête auprès de B.C. Hydro. Pour emprunter les termes de notre Cour dans l’arrêt *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, à la p. 293, les plants de marijuana en question dans le présent pourvoi «préexistai[ent] à l’action contestée de l’État, et pouvai[ent] être découvert[s] par des moyens d’enquête ne faisant pas intervenir l’accusé». Étant donné que cette preuve était matérielle et qu’elle pouvait être découverte, au sens que notre Cour a donné à ces termes dans des arrêts antérieurs, son utilisation n’est pas susceptible de rendre le procès inéquitable.

30

Turning next to the seriousness of the *Charter* violation, I would not characterize the violation of s. 8 in the instant case as particularly grave. The good faith of the police in the present case cannot be questioned: the trial judge expressly found that the police were aware of this Court’s decision in *Kokesch* and felt that their actions in approaching the Evans’ door were consistent with that decision. As a result, although the initial “olfactory” search of the Evans’ home has now been found to have been constitutionally impermissible, the police were unaware that the search was beyond their investigatory powers. The subsequent search of the Evans’ home was undertaken in reliance on a warrant. Although I have found that the warrant was invalid, the police (who at all times believed that they were acting in an appropriate manner), had no reason to doubt the validity of the warrant at the time that the search of the Evans’ home was conducted. This warrant was produced to the appellants before the search had progressed very far.

Ensuite, pour ce qui est de la gravité de la violation de la *Charte*, je ne qualifierais pas de particulièrement grave la violation de l’art. 8 en l’espèce. La bonne foi des policiers ne saurait être mise en doute dans la présente affaire: le juge du procès a expressément conclu que les policiers étaient au courant de l’arrêt *Kokesch* de notre Cour et qu’ils avaient le sentiment que leurs actions, en s’approchant de la porte des Evans, étaient conformes à cet arrêt. Par conséquent, même si la fouille ou perquisition «olfactive» initiale dans la demeure des Evans a maintenant été déclarée inacceptable sur le plan constitutionnel, les policiers ignoraient que cette fouille ou perquisition outrepassait leurs pouvoirs d’enquête. La fouille ou perquisition subséquente dans la demeure des Evans a été effectuée en vertu d’un mandat. Bien que j’aie conclu que le mandat était invalide, les policiers (qui, en tout temps, ont cru qu’ils agissaient correctement) n’avaient aucune raison de douter de la validité de ce mandat au moment de la fouille ou de la perquisition dans la demeure des Evans. Le mandat a été montré aux appelants au tout début de la fouille ou perquisition.

Finally, I would note that the exclusion of the evidence in this case would tarnish the image of the administration of justice to a much greater extent than would its admission. The cultivation of a narcotic is a serious offence, often leading to other social evils. The evidence obtained in violation of s. 8 is necessary to substantiate the charges against the appellants: simply put, if the evidence is excluded, the perpetrators of a very serious crime will go unpunished. As a result, I would hold that the evidence obtained by the *Charter* violation in this case must not be excluded pursuant to s. 24(2). To hold otherwise would certainly lessen the esteem in which the public holds the administration of justice.

V. Conclusion and Disposition

Although the evidence at issue in this appeal was gathered in a manner that violated the *Charter*, the admission of this evidence would not bring the administration of justice into disrepute within the meaning of s. 24(2). As a result, the evidence was properly admitted against the appellants. I would dismiss the appeal.

The reasons of Gonthier and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. — This appeal addresses the scope of police investigative powers. The issue is whether the police were conducting a search within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by knocking on the door of a dwelling house in order to make an enquiry, and while in the course of that activity making observations of the party who answered the door and other observations arising normally from the door's being opened. It is my conclusion that they were not.

The appellants were convicted at the Supreme Court of British Columbia of possession of marijuana for the purpose of trafficking. The trial judge found that there had been no violation of s. 8 of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed the appeal and upheld the conviction, Rowles J.A. dissenting: (1994), 93 C.C.C. (3d) 130. Southin J.A., writing

31
Finalement, je ferais remarquer que l'exclusion de la preuve en l'espèce ternirait l'image de l'administration de la justice bien plus que son utilisation. La culture d'un stupéfiant est une infraction grave qui engendre souvent d'autres maux sociaux. La preuve obtenue en violation de l'art. 8 est nécessaire pour établir le bien-fondé des accusations portées contre les appelants: si la preuve est écartée, les auteurs d'un crime très grave resteront simplement impunis. Par conséquent, je conclurais que la preuve obtenue par suite de la violation de la *Charte* ne doit pas, en l'espèce, être écartée en vertu du par. 24(2). Toute autre conclusion aurait certainement pour effet de diminuer la considération que le public a pour l'administration de la justice.

V. Conclusion et dispositif

32
Bien que la preuve en cause dans le présent pourvoi ait été recueillie d'une manière contraire à la *Charte*, son utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2). Par conséquent, la preuve a été utilisée à bon droit contre les appelants et je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs des juges Gonthier et Major rendus par

33
LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève la question de l'étendue des pouvoirs d'enquête de la police. Il s'agit de déterminer si les policiers ont effectué une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en frappant à la porte d'une maison d'habitation dans le cours d'une enquête et en observant, par la même occasion, la personne qui a ouvert et en faisant d'autres observations qui peuvent être faites normalement une fois la porte ouverte. Je suis arrivé à la conclusion que non.

34
Les appelants ont été déclarés coupables, en Cour suprême de la Colombie-Britannique, de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait eu aucune violation de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté l'appel et confirmé la déclaration de culpabilité, le juge Rowles étant dissident: (1994), 93

for herself and Proudfoot J.A., concluded that there had been a violation of s. 8 of the *Charter*, but the evidence should nonetheless be admitted pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Rowles J.A. dissented, finding that s. 8 had been violated and the evidence should be excluded. This appeal comes to this Court as of right.

C.C.C. (3d) 130. Le juge Southin, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Proudfoot, a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 8 de la *Charte*, mais que la preuve devait néanmoins être admise conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Rowles, dissident, a conclu que l'art. 8 avait été violé et que la preuve devait être écartée. Il s'agit d'un pourvoi de plein droit devant notre Cour.

35 The facts of this case are straightforward. The police received an anonymous phone tip that the appellants had marijuana growing in their home. The police acted on this information by checking criminal records, electricity consumption, and a visual perimeter search of the dwelling house from public property. These steps disclosed nothing.

Les faits de la présente affaire sont simples. La police a reçu un appel téléphonique anonyme l'informant que les appelants cultivaient de la marijuana chez eux. À la suite de cette dénonciation, elle a vérifié les casiers judiciaires, la consommation d'électricité et, à partir d'endroits publics, effectué un examen visuel des abords de la maison d'habitation. Ces activités se sont révélées infructueuses.

36 The police decided to conclude the investigation by knocking on the front door of the dwelling house and if opened, questioning the residents.

La police a décidé de conclure l'enquête en allant frapper à l'entrée principale, et, si on lui ouvrait, en interrogeant les occupants.

37 The evidence of the police officer was:

Le policier a fait le témoignage suivant:

A . . .

[TRADUCTION] R . . .

At this particular point, we decided that we would conclude this file by going to the residence and questioning the occupant regarding this particular complaint that we had received, just as I would do in any other investigation and patrol, be it an assault investigation or a stolen property investigation. We felt that we had this one last obligation to perform, so it was decided that we would go and question the occupant.

À ce moment-là, nous avons décidé que nous classerions l'affaire en allant à la résidence et en interrogeant l'occupant au sujet de la plainte que nous avions reçue, comme je le ferais pour toute autre enquête ou patrouille, que ce soit une enquête sur des voies de fait ou sur un vol. Nous avons jugé qu'il nous incombait en dernier lieu de le faire. Nous avons donc décidé d'aller interroger l'occupant.

and again:

puis:

A Instead of just concluding the file at this point, I felt obliged to go and ask the occupant if in fact he was growing marijuana in his house and after doing so, I would conclude the file. There were many possibilities of things that may have happened, and we discussed them. Perhaps no one would be home at that particular time, perhaps he would deny such a thing, or another thing that we did talk about was while we were speaking to the occupant, if somebody did answer the door and if in fact he was cultivating marijuana in the residence, we could get a whif [*sic*] or a smell might come out at us. So we talked about that as well, and we talked about what we would do if this occurred.

R Au lieu de simplement classer l'affaire à ce moment-là, je me suis senti obligé d'aller demander à l'occupant s'il cultivait vraiment de la marijuana dans sa maison. Après, je classerais le dossier. Bien des choses pourraient arriver, et nous en avons discuté. Il n'y aurait peut-être alors personne à la maison; peut-être qu'il nierait en cultiver. Nous avons aussi discuté de la possibilité de sentir quelque chose, si quelqu'un nous ouvrait et si effectivement il y avait culture de marijuana à l'intérieur de la résidence. Nous avons donc parlé de cela aussi, et nous avons discuté de ce que nous ferions le cas échéant.

Q What did you discuss about what you would do if there was no one home or if there was no smell?

A Well, that would be the end of the complaint. We would ask him — I mean, he might have invited us in to show us that there was no operation going on. So he might have said, “come on in.” We did not know at this particular time. But those were the things that were discussed.

The police officers approached the front door of the appellants’ home in plain clothes. When the door was opened by the appellant Robert Evans, they identified themselves. They smelled marijuana, and arrested the appellants immediately. They entered the dwelling house to secure the premises and ensure there was no one else inside. In doing so, one police officer went into the basement and found a room containing marijuana plants. Another of the officers left the house to obtain a search warrant, and when he returned the warrant was executed and the house was searched. Forty-one marijuana plants were found, as well as other drug-related paraphernalia and growing equipment.

The appellants assert that this conduct constituted an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. Their submission is that when the police approached the house they did not have reasonable and probable grounds to obtain a search warrant. Their olfactory observations constituted a search, and since they had no search warrant it was presumptively unreasonable. The appellants, it was submitted, had a reasonable expectation of privacy in their home, and this expectation was violated by the “knock on” activity conducted by the police officers.

It is my opinion that these arguments fail. Police officers, like any other citizen, are not prohibited from entering onto an individual’s property to knock on the door. The common law has long recognized an implied licence to approach and knock

Q Avez-vous discuté de ce que vous feriez s’il n’y avait personne à la maison ou s’il n’y avait aucune odeur?

R Eh bien, l’affaire serait classée. Nous lui demandions — c’est-à-dire il pourrait nous avoir invités à entrer pour nous montrer qu’il ne se passait rien. Il pourrait avoir dit «mais entrez donc». Nous ne le savions pas à ce moment-là. Mais ce sont là les choses qui ont été discutées.

Les policiers, en tenue civile, se sont rendus à l’entrée principale de la maison des appelants. Lorsque l’appelant Robert Evans a ouvert la porte, ils se sont identifiés. Ils ont senti une odeur de marijuana et ont immédiatement arrêté les appelants. Ils sont entrés dans la maison d’habitation afin de garder les lieux et de s’assurer que personne d’autre ne s’y trouvait. Ce faisant, l’un des policiers s’est rendu au sous-sol et a découvert des plants de marijuana dans une pièce. Un autre policier a quitté la maison pour aller chercher un mandat de perquisition et, à son retour, une perquisition a été effectuée dans la maison conformément au mandat obtenu. Quarante et un plants de marijuana ont été découverts, de même que des accessoires liés à la consommation de drogue et du matériel de culture.

Les appelants affirment que cette conduite constitue une perquisition ou saisie abusive, en contravention de l’art. 8 de la *Charte*. Ils font valoir que, lorsque les policiers se sont approchés de la maison, ils n’avaient pas de motifs raisonnables et probables d’obtenir un mandat de perquisition. Leurs observations olfactives constituaient une fouille ou perquisition et, puisqu’ils n’avaient pas de mandat de perquisition, il y avait lieu de croire qu’elle était abusive. Les appelants, a-t-on soutenu, pouvaient raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée dans leur foyer, et cette attente a été violée par les policiers qui sont venus frapper à leur porte.

Je suis d’avis que ces arguments ne peuvent être retenus. Il n’est pas interdit aux policiers, pas plus qu’à tout autre citoyen, de se rendre sur la propriété de quelqu’un pour aller frapper à sa porte. La common law reconnaît depuis longtemps l’existence d’une autorisation implicite d’aller frapper à la porte de quelqu’un dans un but licite. Dans

38

39

40

for a lawful purpose. In *Robson v. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407, Lord Parker, C.J., said at p. 412:

What is said in this case, and this is really the foundation of counsel for the appellants' argument, is that all three police officers were trespassers ab initio; having arrived at the garden gate, although up till then they were acting in the execution of their duty, making inquiries into an offence committed that night, yet the moment when they set foot onto the steps leading up to the front door they were all three trespassers. For my part, it is no doubt true that the law is sometimes said to be an ass, but I am happy to think that it is not an ass in this respect, because I am quite satisfied that these three police officers, like any other members of the public, had implied leave and licence to walk through that gate up those steps and to knock on the door of the house. We are not considering for this purpose the entering of private premises in the form of a dwelling-house, but of the position between the gate and the front door. There, as it seems to me, the occupier of any dwelling-house gives implied licence to any member of the public coming on his lawful business to come through the gate, up the steps, and knock on the door of the house. [Emphasis added.]

41 This principle has been recognized in Canadian courts: see *R. v. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13 (B.C.C.A.); *R. v. Johnson* (1994), 45 B.C.A.C. 102. *Robson*, stands for the simple proposition that no trespass is committed when an individual, including a police officer, crosses the threshold of property in order to seek permission to enter by knocking on the door. No one in modern society can remain entirely isolated from the outside world.

42 While it is well recognized that the home is granted the highest degree of protection from unwanted state intrusions, that protection is not absolute, and not all intrusions will constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. A reasonable expectation of privacy does not encompass complete and total insulation from acquaintances, salespeople, strangers who need assistance, or police officers conducting an investigation. All of these people are entitled to seek permission to enter or to speak to the residents of a dwelling house by knocking at the door, as is anyone with a legal and legitimate purpose. Obviously, the residents of the home may refuse permission. They

l'arrêt *Robson c. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407, le lord juge en chef Parker affirme, à la p. 412:

[TRADUCTION] Ce qu'on affirme en l'espèce, et c'est vraiment ce sur quoi l'avocat des appelants appuie son argumentation, c'est que les trois policiers étaient au départ des intrus; étant arrivés au portail du jardin, bien qu'ils aient agi jusque-là dans l'exercice de leurs fonctions en menant une enquête relative à une infraction commise cette nuit-là, dès qu'ils ont mis le pied sur les marches menant à l'entrée principale, ils sont devenus trois intrus. Quant à moi, il est sans doute vrai que l'on dit parfois que la loi est bête, mais il me plaît de penser qu'elle ne l'est pas à cet égard, parce que je suis tout à fait convaincu que ces trois policiers, tout comme toute autre personne, avaient la permission implicite de franchir le portail, de monter les marches et de frapper à la porte. Nous parlons ici non pas de l'entrée dans des lieux privés comme une maison d'habitation, mais du fait de se trouver entre le portail et l'entrée principale. Il me semble que l'occupant de toute maison d'habitation accorde implicitement à quiconque vient pour un motif licite l'autorisation de franchir le portail, de monter les marches et de frapper à la porte de la maison. [Je souligne.]

Les tribunaux canadiens ont reconnu ce principe: voir *R. c. Bushman* (1968), 4 C.R.N.S. 13 (C.A.C.-B.); *R. c. Johnson* (1994), 45 B.C.A.C. 102. L'arrêt *Robson* établit simplement qu'il n'y a pas intrusion lorsqu'une personne, y compris un policier, met le pied sur une propriété pour demander, en frappant à la porte, la permission d'entrer. Personne ne peut, de nos jours, se couper complètement du monde extérieur.

Même s'il est bien reconnu que la demeure jouit du plus haut degré de protection contre les intrusions importunes de l'État, cette protection n'est pas absolue, et ce ne sont pas toutes les intrusions qui constitueront une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Une attente raisonnable en matière de vie privée n'englobe pas un état d'isolement total et complet excluant les connaissances, les vendeurs, les étrangers qui ont besoin d'aide ou les policiers qui mènent une enquête. Toutes ces personnes ont le droit de frapper à la porte pour demander la permission d'entrer ou de parler aux occupants d'une maison d'habitation, à l'instar de quiconque poursuit une fin légale et

retain a full measure of choice and control over who may enter and who may not, whom they will speak to and whom they will ignore. They may also choose to revoke this implied licence explicitly, for example by installing a locked gate at the entrance to the property, or posting signs to that effect.

Once lawfully at the door, however, the question remains as to whether sensory observations made from that position constitute searches within the meaning of s. 8 of the *Charter*. They do not. This conclusion follows both general principles of interpretation and the established law of search and seizure.

Section 8 of the *Charter* states:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

The meaning and scope of the word “search” in this provision has never been precisely delineated. In most cases there is no dispute that the impugned police conduct constitutes either a search or a seizure, and the resolution of the constitutional issue will turn on the reasonableness of the conduct. Rowles J.A., in dissent, for the British Columbia Court of Appeal, adopted the following definition of search at p. 153 from an earlier judgment of Southin J.A. in *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236, at p. 247:

“Search” is a common English word. We speak of a search for a person as in a search for a child who is lost. We speak of a search for a culprit seen running from the scene of a crime and lost sight of. But in this section of the *Charter*, I think the word is about looking for things (and in this context I use the word “things” to include words spoken) to be used as evidence of a crime.

Part of the conduct to which Southin J.A. referred involved three police officers surrepti-

légitime. Évidemment, les occupants de la maison peuvent refuser cette permission. Ils ont toute la latitude voulue pour choisir et contrôler qui peut et qui ne peut pas entrer, à qui ils parleront et à qui ils ne parleront pas. Ils peuvent aussi décider de révoquer explicitement cette autorisation implicite, par exemple, en installant à l’entrée de la propriété un portail verrouillé ou en installant des écriteaux en ce sens.

Cependant, une fois qu’une personne est arrivée légalement à la porte, il reste à déterminer si les observations sensorielles qu’elle peut faire depuis cet endroit constituent une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Elles n’en sont pas. Cette conclusion découle tant des principes généraux d’interprétation que du droit établi en matière de fouille, de perquisition et de saisie.

L’article 8 de la *Charte* se lit ainsi:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Le sens et la portée des mots «fouilles» et «perquisitions» («*search*») n’ont jamais été déterminés avec précision. Dans la plupart des cas, on ne conteste pas que la conduite policière attaquée constitue soit une fouille ou perquisition, soit une saisie, et que la réponse à la question constitutionnelle dépendra du caractère raisonnable de cette conduite. Le juge Rowles, dissident en Cour d’appel de la Colombie-Britannique, adopte, à la p. 153, la définition suivante du mot «*search*», tirée de l’arrêt antérieur du juge Southin, *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236, à la p. 247:

[TRADUCTION] Le mot «*search*» est un mot anglais usuel. Nous l’utilisons pour parler des recherches entreprises pour retrouver une personne comme, par exemple, un enfant perdu. Nous l’utilisons pour parler des recherches entreprises pour découvrir un coupable que l’on a vu fuir les lieux d’un crime et qui a disparu. Mais dans la présente disposition de la *Charte*, je pense que ce mot signifie la recherche de choses (et, dans le présent contexte, j’utilise le mot «choses» de manière à inclure les paroles prononcées) qui seront utilisées comme preuve d’un crime.

Le juge Southin se référait en partie à la conduite de trois policiers qui avaient subrepticement

43

44

45

46

tiously placing their ears against a closed apartment door to attempt to overhear the conversation taking place inside. In that light, the conclusion that this constituted a search appears reasonable. However, if the words of Southin J.A. are read literally, without regard to the particular circumstances, and without regard to the purpose and meaning of s. 8 itself, any conceivable police investigatory techniques would be included. This goes against the interpretation which has been accorded s. 8. Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.* [1984] 2 S.C.R. 145, stated at pp. 159-60:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that *an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.* [Emphasis by underlining in original; italics added.]

écouté à la porte d'un appartement dans le but d'entendre la conversation qui avait lieu à l'intérieur. Dans ce contexte, la conclusion qu'il s'agissait là d'une fouille ou perquisition paraît raisonnable. Toutefois, si l'on donne une interprétation littérale aux propos du juge Southin, sans tenir compte des circonstances particulières ni de l'objet et du sens de l'art. 8 même, toute technique d'enquête policière imaginable serait visée. Cela va à l'encontre de l'interprétation qui a été donnée à l'art. 8. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 159 et 160:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

47 This balance between individual and state interests must be considered not only in determining whether or not a search was reasonable but also at the threshold stage of determining whether a particular investigative technique used by the police constitutes a search at all within the meaning of s. 8.

Il faut tenir compte de cet équilibre entre les droits du particulier et ceux de l'État non seulement pour déterminer si une fouille ou perquisition est raisonnable, mais aussi à l'étape préliminaire où il s'agit de déterminer si une technique d'enquête particulière utilisée par la police constitue bel et bien une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8.

48 The word "search" is defined by *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XIV as: "1. a. The action or an act of searching; examination or scrutiny for the purpose of finding a person or thing Also, investigation of a question; effort to ascertain something." In this sense, every investigatory method used by the police will in some measure constitute a "search". However, the scope of s. 8 is much narrower than that, and protects individuals only against police conduct which violates a reasonable expectation of privacy. To hold that every police inquiry or question consti-

Le mot «search» est défini par *The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), vol. XIV, de la façon suivante: [TRADUCTION] «1. a. L'action ou le fait de chercher; inspection ou examen minutieux visant à trouver une personne ou une chose. [. . .] Aussi, étude d'une question; effort pour vérifier quelque chose.» En ce sens, toute méthode d'enquête utilisée par la police sera, dans une certaine mesure, une «fouille» ou «perquisition» («search»). Toutefois, l'art. 8 n'a pas une telle portée; il protège les particuliers seulement contre la conduite policière qui viole une attente raisonnable

tutes a search under s. 8 would disregard entirely the public's interest in law enforcement in favour of an absolute but unrealistic right of privacy of all individuals against any state incursion however moderate. This is not the intent or the effect of s. 8. If the police officers had gone to the appellant's door simply to ask for directions or the use of the telephone, no one would suggest a search had occurred at that stage. Similarly, if the officers saw evidence of a crime when the door was opened in response to that request for directions (such as a corpse or a weapon), that observation would not constitute a search. The only difference between that situation and the circumstances of the case on appeal is the underlying purpose of the police officers in approaching the door. That different purpose does not affect the right to knock on the door.

The right to knock on a door of a residence in today's society is an implied right that arises at common law and continues unless the occupier acts in a way to prohibit it. The prohibition could be a sign, a verbal instruction or some other *indicia* arising on the particular facts. In this appeal there was no such prohibition.

The police conduct in this case did not constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In approaching the front door of the residence in broad daylight and knocking at the door, the police officers were exercising an implied licence at common law. When the door was opened, the observations made by the police officers from this position were simply that: observations of what was in plain view. The appellants could not have any reasonable expectation that no one, including police officers, would ever lawfully approach their home and observe what was plainly

en matière de vie privée. Affirmer que toute enquête ou toute interrogation menée par la police constitue une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 ne tiendrait aucun compte de l'intérêt qu'a le public dans l'application des lois et accorderait à toute personne un droit absolu, mais irréaliste, à la protection de la vie privée contre toute incursion de l'État, si modérée soit-elle. Ce n'est pas là le but ou l'effet de l'art. 8. Si les policiers s'étaient présentés à la porte de l'appelant seulement pour demander des renseignements sur la direction à prendre ou pour se servir du téléphone, personne ne laisserait entendre qu'une fouille ou perquisition a eu lieu à ce moment-là. De même, si les policiers avaient aperçu l'indice d'un crime (comme un cadavre ou une arme) au moment où la porte a été ouverte en réponse à cette demande de renseignements sur la direction à prendre, le fait d'avoir observé quelque chose ne constituerait pas une fouille ou perquisition. Le seul élément qui différencie cette situation des circonstances de la présente affaire est l'intention qu'avaient les policiers en s'avançant vers la porte. Cette intention différente ne change rien au droit de frapper à la porte.

De nos jours, le droit de frapper à la porte d'une résidence est un droit implicite qui émane de la common law et qui continue d'exister à moins que l'occupant n'agisse de manière à en interdire l'exercice. Cette interdiction pourrait prendre la forme d'un écriteau ou d'instructions verbales, ou encore ressortir d'autres indices selon les faits en présence. En l'espèce, il n'y a eu aucune interdiction de cette nature.

La conduite de la police, en l'espèce, ne constitue pas une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Lorsqu'ils se sont approchés de l'entrée principale de la résidence, en plein jour, et qu'ils ont frappé à la porte, les policiers se prévalaient d'une autorisation implicite de la common law. Quand on leur a ouvert, les observations que les policiers ont faites depuis l'endroit où ils se trouvaient n'étaient rien d'autre que cela: des observations de ce qui était bien en vue. Les appellants ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre à ce que personne, y compris des policiers, ne

discernible from a position where police officers and others were lawfully entitled to be.

s'approche jamais licitement de leur demeure et n'observe ce qui était clairement discernable depuis l'endroit où les policiers et d'autres personnes avaient le droit de se trouver.

51 It is worth noting that this approach is consistent with the position adopted in the United States. As stated in a leading treatise on search and seizure, W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2nd. ed. 1987 & Supp. 1995), vol. 1, at p. 320:

Il vaut la peine de noter que ce point de vue est compatible avec celui adopté aux États-Unis. Comme l'affirme W. R. LaFave dans son traité de fond sur les fouilles, perquisitions et saisies, intitulé *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2^e éd. 1987 & suppl. 1995), vol. 1, à la p. 320:

As a general proposition, it is fair to say that when a law enforcement officer is able to detect something by utilization of one or more of his senses while lawfully present at the vantage point where those senses are used, that detection does not constitute a "search" within the meaning of the Fourth Amendment.

[TRADUCTION] En général, il est juste d'affirmer que lorsqu'un policier est capable de découvrir quelque chose par l'utilisation d'un seul ou de plusieurs de ses sens alors qu'il se trouve légalement à l'endroit stratégique où ces sens sont utilisés, cette découverte ne constitue pas une «fouille» ou «perquisition» au sens du Quatrième amendement.

52 Finally, the argument that the approach outlined here amounts to a form of "risk analysis" should be addressed. The risk analysis approach was rejected by this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36. In *Duarte*, a majority of this Court concluded that "participant" electronic surveillance violated s. 8 of the *Charter*. An apartment used by an undercover police officer had been equipped with hidden audio-visual recording equipment. A meeting took place between the undercover police officer and the appellant Duarte, among others, and this meeting was recorded without Duarte's knowledge. He was later charged with the offence of conspiracy to import a narcotic.

Enfin, il y a lieu d'examiner l'argument voulant que la méthode exposée ici constitue une sorte d'«analyse fondée sur le risque». La méthode de l'analyse fondée sur le risque a été rejetée par notre Cour dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36. Dans l'arrêt *Duarte*, la Cour à la majorité a conclu que la surveillance électronique «participative» violait l'art. 8 de la *Charte*. Du matériel d'enregistrement audiovisuel avait été dissimulé dans un appartement utilisé par un agent d'infiltration. Une réunion a eu lieu entre l'agent d'infiltration et l'appelant Duarte, notamment, et cette rencontre a été enregistrée à l'insu de Duarte qui, par la suite, a été accusé de complot en vue d'importer un stupéfiant.

53 The Ontario Court of Appeal upheld the legality of participant surveillance, noting that there was always a risk that the person to whom one spoke would disclose the contents of that conversation to the police. The risk that these conversations would also be recorded was not significantly different, and therefore was not protected by any reasonable expectation of privacy. La Forest J. characterized the risk analysis argument as follows, at pp. 41-42:

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la légalité de la surveillance participative, faisant remarquer qu'il y avait toujours un risque que l'interlocuteur d'une conversation divulgue le contenu de cette conversation à la police. Le risque que ces conversations soient aussi enregistrées n'était pas très différent et, par conséquent, l'attente raisonnable en matière de vie privée n'était d'aucune protection à cet égard. Le juge La Forest qualifie ainsi l'argument de l'analyse fondée sur le risque, aux pp. 41 et 42:

In summary, the risk analysis that is at the heart of the Court of Appeal's judgment rejects the notion that any distinction grounded on constitutional concerns should be drawn between evidence gained through the testimony of a participant to a conversation, and evidence gained through a surreptitious electronic recording of that conversation In effect, the court chose to treat the risk that an interlocutor will divulge one's words and the risk that he will make a permanent electronic recording of them at the behest of the state as being of the same order of magnitude.

La Forest J., for a majority of the Court, rejected this argument, finding that the protection against unreasonable search and seizure must include the reasonable expectation that our words will be heard only by the person to whom they are directed, and will not be surreptitiously recorded. The risk analysis adopted by the Court of Appeal in that case, if taken to its logical conclusion, might eliminate all expectations of privacy.

In coming to this conclusion, however, the Court did not find that all "risks" faced by individuals subject to police investigation were constitutionally suspect. Clearly, there must be some room left for valid and legitimate investigatory techniques. La Forest J. recognized that when he stated, at p. 48:

I am unable to see any similarity between the risk that someone will listen to one's words with the intention of repeating them and the risk involved when someone listens to them while simultaneously making a permanent electronic record of them. These risks are of a different order of magnitude. The one risk may, in the context of law enforcement, be viewed as a reasonable invasion of privacy, the other unreasonable. They involve different risks to the individual and the body politic. In other words, the law recognizes that we inherently have to bear the risk of the "tattletale" but draws the line at concluding that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words. [Emphasis added.]

En résumé, l'analyse fondée sur le risque, qui est au cœur de l'arrêt de la Cour d'appel, rejette la notion qu'il y a lieu de faire une distinction fondée sur des préoccupations d'ordre constitutionnel entre la preuve recueillie par le témoignage d'un participant à une conversation et la preuve obtenue par l'enregistrement électronique clandestin de cette conversation. [. . .] En fait, la cour a décidé de traiter comme égaux en importance le risque qu'un interlocuteur révèle les propos d'une personne et le risque qu'il en fasse, à la demande de l'État, un enregistrement électronique permanent.

Le juge La Forest a rejeté cet argument au nom de la Cour à la majorité, concluant que la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives doit inclure l'attente raisonnable que nos propos ne seront entendus que par la personne à qui ils sont destinés, et qu'ils ne seront pas enregistrés clandestinement. L'analyse fondée sur le risque effectuée dans cette affaire par la Cour d'appel, si elle était poussée à sa conclusion logique, pourrait anéantir toute attente en matière de vie privée.

En tirant cette conclusion, la Cour n'a toutefois pas statué que tous les «risques» courus par les personnes soumises à des enquêtes policières étaient suspects sur le plan constitutionnel. Il est clair qu'il faut faire une certaine place aux techniques d'enquête valides et légitimes. C'est ce que le juge La Forest reconnaît lorsqu'il affirme, à la p. 48:

Je ne vois pas de similitude entre le risque que quelqu'un écoute nos propos avec l'intention de les répéter et le risque couru quand quelqu'un les écoute et en fait simultanément un enregistrement électronique permanent. Ces risques ne sont pas du même ordre de grandeur. Dans le contexte de l'application des lois, l'un des risques peut être considéré comme une atteinte raisonnable à la vie privée, l'autre une atteinte abusive. Ils présentent pour les individus et la société des dangers différents. En d'autres termes, le droit reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le «rapporteur», mais refuse d'aller jusqu'à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l'exercice du choix d'adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos. [Je souligne.]

54

55

56 In my view, the “risk” that growing marijuana will be smelled by police officers standing at the front door while lawfully entitled to do so is of the same order as the risk that someone is a “tattle-tale”.

57 Both *Duarte* and *Wong* dealt with police officers making secret, permanent recordings of activity conducted by individuals who had no idea they were under surveillance. In this appeal, the officers approached the house openly, in broad daylight, and the appellants retained choice and control over whether or not to open the door. In exercising that choice, they took the risk that whoever was standing there would use their senses, in the same way that choosing to speak to others is an assumption of the risk that they will repeat what has been said.

58 I conclude that there is no violation of s. 8 of the *Charter* because the conduct of the police did not constitute a search within the meaning of that provision. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: G. D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

À mon avis, le «risque» que l'odeur d'une culture de marijuana soit décelée par des policiers qui se trouvent à l'entrée principale, alors qu'ils ont le droit de s'y trouver, est du même ordre que le risque que quelqu'un soit un «rapporteur».

Dans les arrêts *Duarte* et *Wong*, il était question de policiers qui procédaient en secret à l'enregistrement permanent des activités de personnes qui ignoraient complètement qu'elles étaient surveillées. En l'espèce, les policiers se sont approchés de la maison au vu de tous, en plein jour, et les appellants avaient le choix d'ouvrir ou de ne pas ouvrir la porte. En décidant d'ouvrir, ils ont pris le risque que quiconque serait à la porte se serve de ses sens, de la même façon que celui qui choisit de parler à une autre personne assume le risque qu'elle répète ce qui lui a été dit.

Je conclus qu'il n'y a eu aucune violation de l'art. 8 de la *Charte* parce que la conduite des policiers ne constituait pas une fouille ou perquisition au sens de cette disposition. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants: G. D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Norman Eugene Thibert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THIBERT

File No.: 24435.

1995: November 9; 1996: January 25.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Provocation — Whether provocation defence properly left with jury — Whether evidence met threshold test for leaving defence with jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 232.

The accused was charged with first degree murder for the killing of his wife's lover. Two months prior to the incident, his wife had disclosed her relationship to him. On the night she left, the accused tried unsuccessfully to locate her. When he returned home, he removed a rifle from the house to the garage. He was very upset and he testified that he thought about killing the victim, his wife, or himself. The next morning, he met his wife, who was accompanied by the victim, in an attempt to persuade her to return home. He was unsuccessful. He persisted by calling her at work and later decided to try to meet her alone, away from the influence of the victim. This was important to the accused because on an earlier occasion he had been able to convince his wife to stay with him. Before leaving his house, the accused put the loaded rifle in the back of his car, thinking that he might have to kill the victim. He testified that a few miles from home he abandoned that thought, but instead planned to use the rifle as a final bluff to get his wife to come with him. He went to his wife's workplace and followed her when she went to the bank, where he insisted that they go some place private to talk. She agreed but out of fear returned to her workplace. The accused followed her into the parking lot. While he was attempting to persuade his wife to go somewhere to talk, the victim came out of the building and began to lead her back into the office. The accused removed the rifle from the car. The victim was then told by the accused's wife that the rifle was not loaded and he may have

Norman Eugene Thibert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THIBERT

N° du greffe: 24435.

1995: 9 novembre; 1996: 25 janvier.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise au jury? — La preuve satisfaisait-elle au critère préliminaire à respecter pour soumettre la défense au jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232.

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré de l'amant de son épouse. Deux mois avant l'incident, son épouse lui avait dévoilé sa liaison avec la victime. Le soir où son épouse l'a quitté, l'accusé a tenté sans succès de trouver où elle séjournait. À son retour à la maison, il est allé chercher une carabine dans la maison et l'a apportée dans le garage. Il était très bouleversé, et il a témoigné qu'il avait songé à tuer son épouse ou la victime, ou encore à s'enlever la vie. Le lendemain matin, il a rencontré son épouse, qui était accompagnée de la victime, dans le but de tenter de la convaincre de revenir à la maison. Sa tentative a échoué. Il n'a pas relâché ses efforts, appelant son épouse au travail; puis, plus tard, il a décidé d'essayer de la rencontrer, seul à seule, loin de l'influence de la victime. Cette démarche était importante pour l'accusé étant donné que, à une occasion auparavant, il était parvenu à convaincre son épouse de rester avec lui. Avant de partir de la maison, l'accusé a déposé la carabine chargée sur la banquette arrière de son automobile, se disant qu'il pourrait devoir tuer la victime. Il a témoigné que, à quelques milles de chez lui, il a abandonné cette idée, projetant plutôt d'utiliser la carabine dans un ultime bluff visant à convaincre son épouse de rentrer avec lui. Il s'est rendu au lieu de travail de son épouse et l'a suivie lorsqu'elle est partie à la banque, où il a insisté pour qu'ils se rendent dans un endroit tranquille où ils pourraient parler. Elle a d'abord accepté puis, prise de peur, elle est retournée à son bureau. L'accusé l'a suivie dans le terrain de stationne-

believed her. He began walking towards the accused, with his hands on the wife's shoulders swinging her back and forth, saying, "Come on big fellow, shoot me? You want to shoot me? Go ahead and shoot me." At some point, she was moved aside and the victim kept coming towards the accused, ignoring his instructions to stay back. The accused testified that his eyes were closed as he tried to retreat inward and the gun discharged. The trial judge left the defence of provocation with the jury, but in his charge did not instruct the jury that the Crown had the onus of disproving provocation beyond a reasonable doubt. The accused was found guilty of second degree murder. The Court of Appeal in a majority decision dismissed the accused's appeal, holding that the trial judge erred in leaving the defence of provocation with the jury but that this error did not prejudice the accused.

Held (Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, Cory and McLachlin JJ.: The defence of provocation in s. 232 of the *Criminal Code* contains both an objective and a subjective element and both must be satisfied if the defence is to be invoked. The objective element requires that there be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. The "ordinary person" must be of the same age, and sex, and share with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance and have experienced the same series of acts or insults as those experienced by the accused. The history and background of the relationship between the victim and the accused is also relevant. The subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. To be sudden provocation, the wrongful act or insult must strike upon a mind unprepared for it, and it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame. Under the subjective element, the history and background of the relationship between the victim and the accused should also be taken

ment. Pendant qu'il tentait de persuader son épouse de l'accompagner dans un endroit où ils pourraient discuter, la victime est sortie de l'immeuble et a commencé à ramener l'épouse de l'accusé vers le bureau. L'accusé a sorti la carabine de l'automobile. L'épouse de l'accusé a alors dit à la victime que l'arme n'était pas chargée, et il est possible que ce dernier l'ait crue. La victime a alors commencé à se diriger vers l'accusé, les mains posées sur les épaules de l'épouse, balançant cette dernière devant lui de gauche à droite en disant: [TRADUCTION] «Vas-y mon grand, descends-moi. Tu veux me descendre? Alors vas-y, descends-moi.» À un moment donné, l'épouse a été poussée de côté et la victime a continué d'avancer vers l'accusé, malgré l'ordre qu'il lui donnait de rester à distance. L'accusé a témoigné qu'il avait les yeux fermés et tentait de rentrer en lui-même lorsque le coup est parti. Le juge du procès a soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury mais, dans son exposé, il n'a pas informé le jury que le ministère public avait le fardeau de réfuter, hors de tout doute raisonnable, la thèse de la provocation. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'appel interjeté par l'accusé, statuant que le juge du procès avait fait erreur en soumettant la défense de provocation à l'appréciation du jury, mais que cette erreur n'avait toutefois pas causé préjudice à l'accusé.

Arrêt (les juges Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, Cory et McLachlin: La défense de provocation prévue à l'art. 232 du *Code criminel* comporte un volet objectif et un volet subjectif auxquels il faut satisfaire afin de pouvoir invoquer ce moyen de défense. L'élément objectif exige que l'on établisse qu'il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. La «personne ordinaire» doit être du même âge et du même sexe que l'accusé, avoir en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'action ou à l'insulte en cause une importance particulière et avoir fait l'objet des mêmes actions ou insultes que l'accusé. L'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé sont également des facteurs pertinents. L'élément subjectif exige que l'accusé donne suite à l'insulte en agissant sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour constituer une provocation soudaine, l'action injuste ou l'insulte doit être inattendue et doit avoir un effet imprévu qui surprend et excite les passions. L'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé doivent également être pris en considération

into consideration. While both elements are clearly questions of fact which the jury must decide, before leaving the defence with the jury the trial judge must determine if there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed and acting judicially could find that there had been provocation. This threshold test can be readily met, so long as there is some evidence that the objective and subjective elements may be satisfied. The trial judge should not weigh the sufficiency of the evidence. This function is reserved for the jury. When considering whether the evidence has met the threshold test, the trial judge must also take into account the nature of the wrongful act or insult and how that act or insult should be viewed in the context of the case.

Here, the trial judge properly left the defence of provocation with the jury. When all the relevant considerations are taken into account in assessing both elements of the test, there was evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could have concluded that the defence was applicable. Further, although rejection in the context of a romantic relationship does not constitute a basis for the provocation defence, rejection in this case is not the most significant or overriding factor. The accused sought to avoid the victim in order to talk privately with his wife. The evidence indicates that the confrontation with the victim in the parking lot was unexpected. Finally, s. 232(3) of the *Code* is not a bar to the defence in this case. While the victim's actions in the parking lot were clearly not prohibited by law, they could nonetheless be found by a jury to constitute insulting behaviour.

In light of the trial judge's failure to instruct the jury that the onus rested upon the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there had not been provocation, there must be a new trial on the charge of second degree murder.

Per Iacobucci and Major JJ. (dissenting): The threshold test for leaving the defence of provocation with the jury has not been met in this case. With respect to the objective element of the test, there is no evidence on which a reasonable jury, acting judicially, could find a

dans l'analyse de l'élément subjectif. Bien que les deux éléments soient manifestement des questions de fait que le jury doit trancher, il incombe au juge du procès de déterminer, avant de soumettre la défense à l'appréciation des jurés, s'il y a quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation. Ce critère préliminaire peut être franchi sans peine dès lors qu'il y a quelque élément de preuve indiquant qu'il peut être satisfait aux volets objectif et subjectif. Le juge du procès ne doit pas apprécier la suffisance de la preuve. Il s'agit du rôle qui est réservé au jury. Le juge du procès, lorsqu'il vérifie si la preuve respecte ce critère préliminaire, doit également tenir compte de la nature de l'action injuste ou de l'insulte ainsi que de la façon dont cette action ou insulte doit être considérée dans le contexte de l'affaire.

En l'espèce, le juge du procès a à juste titre soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury. La prise en considération de tous les facteurs pertinents dans l'analyse des deux éléments du critère indique qu'il existait des éléments de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'applicabilité du moyen de défense fondé sur la provocation. Qui plus est, même si le fait d'avoir été rejeté dans le contexte d'une relation amoureuse ne peut être invoqué comme fondement de la défense de provocation, en l'espèce le rejet n'est pas le facteur le plus important ou dominant. L'accusé a cherché à éviter la victime afin de pouvoir parler privément avec son épouse. La preuve indique que la confrontation avec la victime dans le terrain de stationnement n'était pas prévue. Enfin, le par. 232(3) du *Code* n'empêche pas que soit soulevée, en l'espèce, la défense de provocation. Même si les actions de la victime dans le terrain de stationnement n'étaient manifestement pas interdites par la loi, un jury pourrait néanmoins conclure qu'elles constituaient un comportement insultant.

Vu l'omission du juge du procès de donner au jury des directives indiquant qu'il incombait au ministère public de prouver, hors de tout doute raisonnable, qu'il n'y avait pas eu provocation, un nouveau procès doit avoir lieu relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré.

Les juges Iacobucci et Major (dissidents): Le critère préliminaire servant à décider s'il faut soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury n'a pas été satisfait en l'espèce. Pour ce qui est de l'élément objectif de ce critère, il n'y a aucune preuve permettant

wrongful act or insult sufficient to deprive the ordinary person of the power of self-control. The victim's statements prior to the shooting or the fact that he may have positioned the accused's wife between himself and the accused cannot constitute a wrongful act or insult. Those actions are not contemptuous or scornful; they are legitimate reactions to a dangerous situation. As well, the fact that the victim had a personal relationship with the accused's wife is not a wrongful act or insult sufficient to cause an ordinary person to lose the power of self-control. It would be a dangerous precedent to characterize involvement in an extramarital affair as conduct capable of grounding provocation, even when coupled with the victim's reactions to the dangerous situation he faced. In any event, even if the objective element of the test for provocation had been met, the subjective element was not met since there is no evidence that the accused acted on the sudden. The accused's mind was not unprepared for the sight of his wife with the victim such that he was taken by surprise and his passions were set aflame. The accused had known of his wife's involvement with the victim for some time; he knew his wife wanted to leave him, and he had seen the victim with his wife earlier that day. The defence therefore should not have been left with the jury. This was an error that did not prejudice the accused.

à un jury raisonnable, agissant judiciairement, de conclure à l'existence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Les déclarations de la victime avant le coup de feu ou le fait qu'il ait pu interposer l'épouse de l'accusé entre lui-même et ce dernier ne peuvent constituer une action injuste ou une insulte. Ce ne sont pas des actes injurieux ou méprisants, mais plutôt des réactions légitimes dans une situation dangereuse. De même, le fait que la victime avait une relation intime avec l'épouse de l'accusé n'équivaut pas à une action injuste ou à une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Ce serait créer un précédent dangereux que de qualifier le fait d'avoir une relation extra-conjugale de comportement susceptible d'équivaloir à une provocation, même en conjuguant ce fait aux réactions qu'a eues la victime compte tenu de la situation dangereuse dans laquelle elle se trouvait. Quoi qu'il en soit, même si l'élément objectif du critère préliminaire en matière de provocation avait été respecté, l'élément subjectif ne l'a pas été car il n'y a pas de preuve que l'accusé a agi sous l'impulsion du moment. L'accusé n'était pas à ce point peu préparé psychologiquement à voir son épouse avec la victime que la vue du couple l'a pris par surprise et a déclenché chez lui un accès de colère. L'accusé était au courant depuis un certain temps déjà de la relation qu'entretenait son épouse avec la victime, il savait que son épouse voulait le quitter et il avait vu la victime en compagnie de son épouse plus tôt le jour même. Le moyen de défense n'aurait donc pas dû être soumis à l'appréciation du jury. Cette erreur n'a pas causé préjudice à l'accusé.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335; *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *R. v. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313, rev'd [1991] 2 S.C.R. 205; *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462; *Wright c. The Queen*, [1969] R.C.S. 335; *Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Director of Public Prosecutions c. Camplin*, [1978] A.C. 705; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *R. c. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313, inf. par [1991] 2 R.C.S. 205; *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

By Major J. (dissenting)

Parnerkar v. The Queen, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *R. v. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 232, 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.
Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 93 C.C.C. (3d) 193, 157 A.R. 316, 77 W.A.C. 316, dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal allowed, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Peter J. Royal, Q.C., for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

The judgment of Sopinka, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

CORY J. — The sole question to be considered on this appeal is whether the trial judge was correct in leaving the defence of provocation with the jury. Put another way, the issue is whether there was any evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could find that there had been provocation.

If the trial judge was correct in leaving provocation with the jury, then it is conceded that there must be a new trial. This is the result of the failure to instruct the jury that there was no onus resting upon the appellant to establish the defence but rather that it rested upon the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there had not been provocation. The necessity of giving these instructions has been emphasized by this Court in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, and in *Linney v.*

Citée par le juge Major (dissident)

Parnerkar c. La Reine, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462; *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232, 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.
Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 93 C.C.C. (3d) 193, 157 A.R. 316, 77 W.A.C. 316, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Peter J. Royal, c.r., pour l'appellant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE CORY — L'unique question soulevée en l'espèce est de savoir si le juge du procès a eu raison de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. En d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il existe quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation.

Si le juge du procès a eu raison de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury, il est admis qu'il doit y avoir un nouveau procès. En effet, le jury n'a pas reçu de directives lui indiquant qu'il n'incombait pas à l'appellant d'établir le bien-fondé du moyen de défense, mais que c'était plutôt le ministère public qui avait le fardeau de prouver, hors de tout doute raisonnable, l'absence de provocation. Notre Cour a souligné la nécessité de donner pareilles directives dans les

The Queen, [1978] 1 S.C.R. 646. If on the other hand it was inappropriate for the trial judge to leave the defence of provocation to the jury, then the fact that he erred in the instructions pertaining to provocation was immaterial and it would be appropriate to find that no substantial wrong or miscarriage had been occasioned by the error.

The Defence of Provocation

³ The *Criminal Code* has always provided a defence of provocation which may reduce the crime of murder to manslaughter. It is found at present in s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which provides:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was

arrêts *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, et *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646. Par contre, s'il ne convenait pas que le juge du procès soumette cette défense à l'appréciation du jury, le fait qu'il ait commis des erreurs dans ses directives concernant la provocation n'a aucune importance, et il est correct de conclure que son erreur n'a entraîné aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.

La défense de provocation

Depuis toujours, le *Code criminel* renferme un moyen de défense fondé sur la provocation, qui permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Actuellement, ce moyen de défense figure à l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est ainsi rédigé:

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir:

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une

known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

The section specifies that there is both an objective and a subjective element to the defence. Both must be satisfied if the defence is to be invoked. First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. The objective aspect would at first reading appear to be contradictory for, as legal writers have noted, the “ordinary” person does not kill. Yet, I think the objective element should be taken as an attempt to weigh in the balance those very human frailties which sometimes lead people to act irrationally and impulsively against the need to protect society by discouraging acts of homicidal violence.

When Should the Defence of Provocation Be Left to the Jury

In *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, Fauteux C.J., writing for the majority at p. 454, held that the defence should not be left with the jury for where:

... the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b), it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury.

That is to say that before the defence of provocation is left to the jury, the trial judge must be satisfied (a) that there is some evidence to suggest that the particular wrongful act or insult alleged by the accused would have caused an ordinary person to be deprived of self-control and (b) that there is

preuve de provocation pour l'application du présent article.

L'article précise que ce moyen de défense comporte un volet objectif et un volet subjectif. Il doit être satisfait à ces deux volets afin de pouvoir invoquer le moyen de défense. Premièrement, pour satisfaire à l'élément objectif, il faut établir qu'il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l'élément subjectif exige la preuve que l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. À première vue, le volet objectif paraît être contradictoire puisque, comme l'ont signalé certains auteurs d'ouvrages juridiques, la personne «ordinaire» ne tue pas. J'estime pourtant que le volet objectif doit être vu comme une tentative de soupeser, d'une part, les faiblesses très humaines qui conduisent parfois les gens à agir de façon irrationnelle et impulsive et, d'autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant les actes de violence meurtrière.

Quand faut-il soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury?

Dans l'arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, le juge en chef Fauteux, s'exprimant pour les juges de la majorité, a conclu, à la p. 454, que la défense ne doit pas être soumise à l'appréciation du jury dans le cas suivant:

... si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l'art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de la décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

C'est donc dire qu'avant de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury le juge du procès doit être convaincu a) qu'il existe quelque élément de preuve tendant à indiquer que l'action injuste ou l'insulte dont l'accusé allègue l'existence aurait fait perdre à une personne ordinaire le

4

5

6

some evidence showing that the accused was actually deprived of his or her self-control by that act or insult. This threshold test can be readily met, so long as there is some evidence that the objective and subjective elements may be satisfied. If there is, the defence must then be left with the jury.

⁷ The test in *Parnerkar* was followed by this Court in *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265. This test has been criticized by some writers (see, for example, Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at p. 498) as being contrary to the plain wording of s. 232. Despite my admiration for the work of Professor Stuart, I cannot accept his position. It is true that the objective and subjective requirements mandated by this section are clearly questions of fact which the jury must decide. Nonetheless, the trial judge must still determine if there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed and acting judicially could find that there had been provocation. If the trial judge is satisfied that there is such evidence, then the defence must be put to the jury to determine what weight, if any, should be attached to that evidence. Obviously the trial judge should not weigh the sufficiency of the evidence. This is the function reserved for the jury. A trial judge considering whether the evidence has met the threshold test must also take into account the nature of the wrongful act or insult and how that act or insult should be viewed in the context of the case.

The Wrongful Act or Insult

⁸ *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462, adopted *The Oxford English Dictionary* definition of "insult" (at p. 475) and found it to mean:

... an act, or the action, of attacking or assailing; an open and sudden attack or assault without formal preparations; injuriously contemptuous speech or behaviour;

pouvoir de se maîtriser, et b) qu'il existe quelque élément de preuve que cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé du pouvoir de se maîtriser. Ce critère préliminaire peut être franchi sans peine dès lors qu'il y a quelque élément de preuve indiquant qu'il peut être satisfait aux volets objectif et subjectif. Si c'est le cas, la défense doit alors être soumise à l'appréciation du jury.

Le critère énoncé dans l'arrêt *Parnerkar* a été suivi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265. Certains auteurs ont critiqué ce critère (voir, par exemple, Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), à la p. 498), lui reprochant d'être contraire au libellé clair de l'art. 232. Malgré mon admiration pour les travaux du professeur Stuart, je ne peux souscrire à sa thèse. Même s'il est vrai que l'élément objectif et l'élément subjectif dont cet article exige l'existence sont manifestement des questions de fait que le jury doit trancher, il incombe néanmoins au juge du procès de déterminer s'il y a quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation. Si le juge du procès est convaincu qu'une telle preuve existe, il doit alors soumettre la défense à l'appréciation du jury, qui décidera quel poids, le cas échéant, doit être accordé à cette preuve. Il est évident que le juge du procès ne doit pas apprécier la suffisance de la preuve. Il s'agit du rôle qui est réservé au jury. Le juge du procès, lorsqu'il vérifie si la preuve respecte ce critère préliminaire, doit également tenir compte de la nature de l'action injuste ou de l'insulte ainsi que de la façon dont cette action ou insulte doit être considérée dans le contexte de l'affaire.

L'action injuste ou l'insulte

Dans l'arrêt *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462, notre Cour a adopté (à la p. 475) la définition du mot «insulte» énoncée dans *The Oxford English Dictionary* et jugé qu'elle voulait dire:

[TRADUCTION] ... acte ou action d'attaquer ou d'assailir; attaque ou assault ouvert et soudain fait sans préparatifs proprement dits; paroles ou attitudes méprisantes et

scornful utterance or action intended to wound self-respect; an affront; indignity.

The Objective Element of the Test: How Ordinary Is the "Ordinary Person" and Would That Person Have Been Provoked by the Wrongful Act or Insult?

In earlier cases, both in England and in Canada, the concept of the ordinary person was very narrowly defined. In *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335, Fauteux J. (as he then was) specifically rejected a consideration of the accused's past relationship with the deceased. He stated at p. 340:

While the character, background, temperament, idiosyncrasies, or the drunkenness of the accused are matters to be considered in the second branch of the enquiry, they are excluded from the consideration in the first branch. A contrary view would denude of any sense the objective test.

This approach was adopted in *Parnerkar, supra*, where Fauteux C.J. again emphasized that in assessing the evidence on the objective test, the trial judge must consider the ordinary person as one who had not been confronted with all of the same circumstances which had faced the accused. A similar view was expressed in the English case of *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.). This narrow approach required a court to completely ignore all the particular features of the accused whether mental or physical, even for the purpose of assessing the gravity of the insult.

The courts in England and Canada have changed their position. They now permit the inclusion of many of the characteristics of the accused in the "ordinary person" standard which must be met in the objective test. It was recognized that if the objective test was to be usefully applied the jury or fact finder must take into consideration features such as the age, sex, and racial origin of the accused. Obviously the effect of calling a black person a "two-bit nigger punk", as in *Olbey v. The*

injurieuses; propos ou action de caractère dédaigneux destinés à blesser l'amour-propre; affront; geste indigne.

L'élément objectif du critère: Qu'entend-on par personne «ordinaire», et cette personne aurait-elle été provoquée par l'action injuste ou l'insulte?

Dans des décisions antérieures, tant en Angleterre qu'au Canada, le concept de personne ordinaire a été défini de manière très restrictive. Dans l'arrêt *Wright c. The Queen*, [1969] R.C.S. 335, le juge Fauteux (plus tard juge en chef) a expressément refusé de tenir compte des relations passées entre l'accusé et la victime. À la page 340, il a dit ceci:

[TRADUCTION] Bien que le caractère, les antécédents, le tempérament, les particularités ou l'ivresse de l'accusé soient des questions qui doivent être examinées dans la deuxième partie de l'enquête, elles sont exclues de l'examen dans la première partie. Une opinion contraire aurait pour effet de dénuer le critère objectif de tout sens.

Cette conception a été appliquée dans l'arrêt *Parnerkar*, précité, où le juge en chef Fauteux a de nouveau souligné que, lorsque le juge du procès apprécie la preuve concernant le critère objectif, il doit considérer comme une personne ordinaire la personne qui n'a pas dû affronter toutes les circonstances dans lesquelles l'accusé s'est trouvé. Une opinion semblable a été exprimée, en Angleterre, dans l'affaire *Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.). Suivant cette conception restrictive, le tribunal devait faire complètement abstraction des caractéristiques propres à l'accusé, tant psychologiques que physiques, même pour apprécier la gravité de l'insulte.

Les tribunaux anglais et canadiens ont, depuis, modifié leur position. Ils permettent aujourd'hui que l'on tienne compte de nombreux attributs de l'accusé dans l'application de la norme relative à la «personne ordinaire» qui doit être satisfaite dans le cadre du critère objectif. Il a en effet été reconnu que, pour faire en sorte que le critère objectif soit appliqué utilement, le jury ou le juge des faits doit tenir compte de caractéristiques comme l'âge, le sexe et l'origine raciale de l'accusé. De toute évi-

9

10

11

Queen, [1980] 1 S.C.R. 1008, would be far greater than if the same demeaning epithet was applied to a white man.

12 *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705 (H.L.), was the turning point in England. In that case a 15-year-old male was raped and then mocked. The accused picked up a frying pan and struck and fatally injured his assailant. Section 3 of the *Homicide Act, 1957* (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11, provided that "the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man". Lord Diplock, at p. 718, interpreted the section in this way:

... the reasonable man referred to ... is a person having the power of self-control to be expected of an ordinary person of the sex and age of the accused, but in other respects sharing such of the accused's characteristics as they think would affect the gravity of the provocation to him; ...

13 Lord Simon went further and determined that the entire factual situation had to be taken into account in determining whether a person of reasonable self-control would be provoked in the circumstances. He put it in this way (at p. 727):

I think that the standard of self-control which the law requires before provocation is held to reduce murder to manslaughter is still that of the reasonable person ...; but that, in determining whether a person of reasonable self-control would lose it in the circumstances, the entire factual situation, which includes the characteristics of the accused, must be considered. [Emphasis added.]

14 In Canada, the courts have also sought to attain a proper balance in the interpretation of the provocation section. It has been properly recognized that the objective element of the test exists to ensure that the criminal law encourages reasonable and responsible behaviour. A consideration of the defence of provocation must always bear this principle in mind. On the other hand, if the test is to be

dence, le fait de qualifier une personne noire de «petit voyou de nègre», comme dans l'arrêt *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008, produit un effet beaucoup plus grand que si la même épithète humiliante est adressée à un homme blanc.

L'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Camplin*, [1978] A.C. 705 (H.L.), s'est avéré le point tournant en Angleterre. Dans cette affaire, un jeune homme de 15 ans a été violé puis ridiculisé. L'accusé a saisi une poêle à frire et en a frappé son assailant, lui causant des blessures mortelles. L'article 3 du *Homicide Act, 1957* (R.-U.), 5 & 6 Eliz. 2, ch. 11, prévoyait que [TRADUCTION] «le jury doit tenir compte de tout ce qui a été fait et tout ce qui a été dit selon l'effet que, à son avis, cela aurait sur un homme raisonnable». À la page 718, Lord Diplock a interprété ainsi cet article:

[TRADUCTION] ... l'homme raisonnable mentionné ... est une personne qui a le pouvoir de se maîtriser que l'on attend d'une personne ordinaire du sexe et de l'âge de l'accusé mais qui, par ailleurs, a en commun avec l'accusé des caractéristiques qui, selon eux, affecteraient la gravité de la provocation à son endroit; ...

Lord Simon est allé plus loin et a statué qu'il fallait tenir compte de la situation de fait complète pour déterminer si une personne qui a une maîtrise de soi raisonnable serait provoquée dans les circonstances. Il s'est exprimé ainsi à cet égard (à la p. 727):

[TRADUCTION] Je crois que la norme de la maîtrise de soi que la loi exige avant qu'on puisse déterminer que la provocation réduit le meurtre à homicide involontaire coupable est toujours celle de la personne raisonnable ...; toutefois, en déterminant si une personne qui a une maîtrise de soi raisonnable la perdrait dans les circonstances, il faut tenir compte de la situation de fait complète, ce qui comprend les caractéristiques de l'accusé. [Je souligne.]

Au Canada, les tribunaux ont eux aussi tenté de trouver un juste équilibre dans l'interprétation de l'article relatif à la provocation. Il a à juste titre été reconnu que l'élément objectif du critère vise à faire en sorte que le droit criminel encourage les comportements raisonnables et responsables. Il y a lieu de garder ce principe à l'esprit dans l'analyse de la défense de provocation. Par ailleurs, afin

applied sensibly and with sensitivity, then the ordinary person must be taken to be of the same age, and sex, and must share with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance. In other words, all the relevant background circumstances should be considered. In the context of other cases it may properly be found that other factors should be considered. It is how such an "ordinary" person with those characteristics would react to the situation which confronted the accused that should be used as the basis for considering the objective element.

The problem was considered by this Court in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313. There a 16-year-old male fought off the homosexual advances of an older man who was his "Big Brother". The narrow "ordinary person" test was rejected and a more contextual one adopted. Dickson C.J., writing for the majority of the Court, held that the age and sex of the accused are important considerations in the objective branch of the test. At page 331, he noted that "particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation". Although it was not necessary in the circumstances of that case to go beyond a consideration of the age and sex of the accused, Dickson C.J. did state that the jury should "assess what an ordinary person would have done if subjected to the same circumstances as the accused" (p. 332). Thus, although characteristics such as a propensity to drunken rages or short tempered violence cannot be taken into account, other characteristics may properly be considered without in any way demeaning or subverting the aim of the objective test to encourage responsible behaviour. So too, it is proper for the jury to consider the background of the relationship between the deceased and the accused, including earlier insults which culminated in the final provocative actions or

d'appliquer ce critère de façon sensée et sensible, il faut tenir compte d'une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé et qui a en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'acte ou à l'insulte en cause une importance particulière. En d'autres mots, il faut prendre en considération toutes les circonstances pertinentes. Dans d'autres affaires, il pourra à bon droit être jugé que d'autres facteurs devraient être pris en considération. C'est la question de savoir comment une personne «ordinaire» possédant ces caractéristiques réagirait dans la situation dans laquelle se trouvait l'accusé qui doit servir de fondement à l'examen de l'élément objectif.

Notre Cour s'est penchée sur ce problème dans l'arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313. Dans cette affaire, un jeune homme de 16 ans a repoussé les avances homosexuelles d'un homme plus âgé qui était son «grand frère». Le critère restrictif de la «personne ordinaire» a été écarté au profit d'un critère plus contextuel. S'exprimant pour les juges de la majorité de la Cour, le juge en chef Dickson a conclu que l'âge et le sexe de l'accusé sont d'importants facteurs dont il faut tenir compte à l'étape objective du critère. À la page 331, il a signalé que «des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif de la provocation». Même si, dans les circonstances de cette affaire, il n'était pas nécessaire de tenir compte d'autres facteurs que l'âge et le sexe de l'accusé, le juge en chef Dickson a néanmoins déclaré que le jury devrait «évalue[r] ce qu'une personne ordinaire aurait fait si elle avait été placée dans la même situation que l'accusé» (p. 332). Ainsi, bien que l'on ne puisse tenir compte de caractéristiques comme la propension à des rages d'ivrogne ou à l'irascibilité violente, d'autres caractéristiques peuvent à bon droit être prises en considération sans pour autant miner ou subvertir le but visé par le critère objectif, qui est d'encourager les comportements responsables. Le jury peut également, à bon droit, tenir compte de l'historique des relations entre la victime et l'accusé, notamment des insultes antérieures qui ont mené aux actes ou paroles ultimes de provocation. Le fait pour un

words. For a jury to take this into account would not adversely affect the objective aspect of the test.

16

The provincial courts of appeal have widened I believe correctly the approach to the objective element in order to consider the background relationship between the deceased and the accused. In *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (N.W.T.C.A.), Laycraft J.A., for the court, acknowledged that the personal attributes of an accused should be excluded from the objective test but held that the background events should be taken into consideration. He put his position in these words (at p. 554):

The purpose of the objective test . . . is to consider the actions of the accused in a specific case against the standard of the ordinary person. Hypothetically, the ordinary person is subjected to the same external pressures of insult by acts or words as was the accused. Only if those pressures would cause an ordinary person to lose self-control does the next question arise whether the accused did, in fact, lose self-control. In my view, the objective test lacks validity if the reaction of the hypothetical ordinary person is not tested against all of the events which put pressure on the accused.

The requirement for suddenness of insult and reaction does not preclude a consideration of past events. The incident which finally triggers the reaction must be sudden and the reaction must be sudden but the incident itself may well be coloured and given meaning only by a consideration of events which preceded it. Indeed, one could imagine a case in which a given gesture, in itself innocuous, could not be perceived as insulting unless the jury was aware of previous events. They disclose the nature, depth and quality of the insult.

17

In *R. v. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.), Howland C.J.O. concluded that the history and background of the relationship between the victim and the accused is relevant and pertinent to the "ordinary person" test. He stated at p. 487:

[The trial judge] should have told [the jury] present acts or insults, in themselves insufficient to cause an ordi-

jury de tenir compte de ces facteurs ne minerait pas l'élément objectif du critère.

Les cours d'appel provinciales ont élargi, selon moi correctement, l'approche concernant l'élément objectif afin de permettre la prise en considération de l'historique des relations entre la victime et l'accusé. Dans *R. c. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (C.A.T.N.-O.), le juge Laycraft, qui s'exprimait pour la cour, a reconnu que les caractéristiques propres à un accusé ne doivent pas être prises en considération dans l'application du critère objectif, mais il a toutefois statué qu'il faut tenir compte du contexte. Il a formulé sa position dans les termes suivants (à la p. 554):

[TRADUCTION] Le but du critère objectif . . . est d'examiner les actions de l'accusé dans une affaire précise par rapport à la norme de la personne ordinaire. Par hypothèse, la personne ordinaire est assujettie aux mêmes pressions externes que constituent des insultes par des actes ou des mots comme l'a été l'accusé. C'est seulement si ces pressions ont fait perdre à une personne le pouvoir de se maîtriser que la question suivante se pose de savoir si l'accusé a, en fait, perdu le pouvoir de se maîtriser. À mon avis, le critère objectif n'est pas valide si la réaction de la personne ordinaire hypothétique n'est pas examinée en fonction de tous les événements qui ont mis de la pression sur l'accusé.

L'exigence que l'insulte et la réaction aient un caractère soudain n'empêche pas pour autant que l'on tienne compte d'événements passés. L'incident qui a finalement déclenché la réaction de même que la réaction elle-même doivent avoir un caractère soudain; cependant, il se peut très bien que l'incident lui-même ne prenne tout son sens que si l'on tient compte des événements qui l'ont précédé. De fait, il est possible d'imaginer un cas où un geste donné, anodin en soi, ne pourrait être perçu comme une insulte que si le jury était informé d'événements antérieurs. Ceux-ci révèlent la nature, la profondeur et le caractère de l'insulte.

Dans l'arrêt *R. c. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.), le juge en chef Howland a conclu que l'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé sont pertinents et utiles dans l'application du critère relatif à la «personne ordinaire». Il a déclaré ceci à la p. 487:

[TRADUCTION] [Le juge du procès] aurait dû instruire [le jury] que les actions ou les insultes en cause, bien qu'in-

nary man to lose self-control, may indeed cause such loss of self-control when they are connected with past events and external pressures of insult by acts or words and accordingly in considering whether an ordinary man would have lost self-control they must consider an ordinary man who had experienced the same series of acts or insults as experienced by the appellant . . .

In my view, so long as the provocation section remains in the *Criminal Code* in its present form certain characteristics will have to be assigned to the "ordinary person" in assessing the objective element. The "ordinary person" must be of the same age, and sex, and share with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance and have experienced the same series of acts or insults as those experienced by the accused.

In summary then, the wrongful act or insult must be one which could, in light of the past history of the relationship between the accused and the deceased, deprive an ordinary person, of the same age, and sex, and sharing with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance, of the power of self-control.

The Subjective Element

In *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, Rand J. interpreted "sudden provocation" to mean that "the wrongful act or insult must strike upon a mind unprepared for it, that it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame" (p. 443). To this definition, I would add that the background and history of the relationship between the accused and the deceased should be taken into consideration. This is particularly appropriate if it reveals a long history of insults, leveled at the accused by the deceased. This is so even if the insults might induce a desire for revenge so long as immediately before the last insult, the accused did not intend to kill. Glanville Williams adopts this position in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983). At page

suffisantes en elles-mêmes pour faire perdre à un homme ordinaire le pouvoir de se maîtriser, peuvent effectivement causer une telle perte de ce pouvoir lorsqu'elles sont liées à des événements passés et à des pressions externes que constituent des insultes causées par des actions ou des paroles; par conséquent, pour déterminer si un homme ordinaire aurait été privé du pouvoir de se maîtriser, le jury doit prendre en considération l'homme ordinaire qui aurait fait l'objet des mêmes actions ou insultes que l'appellant . . .

À mon avis, tant et aussi longtemps que l'article relatif à la provocation demeurera dans le *Code criminel* dans sa forme actuelle, certaines caractéristiques devront être attribuées à la «personne ordinaire» dans l'analyse de l'élément objectif. La «personne ordinaire» doit être du même âge et du même sexe que l'accusé, avoir en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'action ou à l'insulte en cause une importance particulière et avoir fait l'objet des mêmes actions ou insultes que l'accusé.

Bref, il faut être en présence d'une action injuste ou d'une insulte qui, à la lumière de l'historique des relations entre l'accusé et la victime, soit susceptible de priver du pouvoir de se maîtriser une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé et ayant en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'action ou à l'insulte en cause une importance particulière.

L'élément subjectif

Dans l'arrêt *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, le juge Rand a dit que l'expression «provocation soudaine» signifiait que [TRADUCTION] «l'action injuste ou l'insulte doit être inattendue, qu'elle doit avoir un effet imprévu qui surprend et excite les passions» (p. 443). À cette définition, j'ajouterais le contexte et l'historique des relations entre l'accusé et la victime aux facteurs dont il faut tenir compte. Cela est d'autant plus approprié si l'examen de ce facteur révèle l'existence d'une longue histoire d'insultes proférées par la victime à l'endroit de l'accusé. Il en est ainsi même si les insultes étaient susceptibles de susciter un désir de vengeance, pour autant que, immédiatement avant l'insulte ultime, l'accusé n'ait pas eu l'intention de causer la mort. Glanville Williams adopte cette

18

19

20

530, he puts it in this way: “affronts over a long period of time inducing the desire for revenge do not preclude the defence of provocation, if immediately before the last affront the defendant did not intend to kill”. He adds further that, “the last affront may be comparatively trivial, merely the last straw that makes the worm turn, so to speak”.

position dans son *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983). À la page 530, il l’exprime ainsi: [TRADUCTION] «des affronts subis sur une longue période et qui suscitent un désir de vengeance n’écarter pas l’application de la défense de provocation si, immédiatement avant l’insulte ultime, le défendeur n’avait pas l’intention de causer la mort». Il ajoute que [TRADUCTION] «l’insulte ultime peut être comparativement insignifiante, n’être que de la goutte qui fait déborder le vase en quelque sorte».

21 Further support for the position that the prior history of the relationship may as well be taken into account in assessing the subjective aspect can be found in the dissenting reasons of Foisy J.A. in *R. v. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (Alta. C.A.), at p. 321. There Foisy J.A. stated:

La thèse que l’historique des relations peut également être pris en considération dans l’analyse de l’élément subjectif trouve un appui supplémentaire dans les motifs de dissidence du juge Foisy dans *R. c. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Alb.), à la p. 321, où le juge a dit ceci:

The trial judge’s finding that the accused appellant had acted in the heat of passion caused by sudden provocation took into account the finding that the appellant, a cocaine addict, was irritable and anxious at the time. Further there was the sudden throwing of the bottle just after the final and absolute death threat uttered by Miller. This, together with the previous history of threats of violence against the appellant and his wife was found by the learned trial judge to have incited the appellant.

[TRADUCTION] Pour conclure que l’accusé appelant a agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine, le juge du procès a tenu compte du fait que l’appellant, un cocaïnoman, était alors irritable et anxieux. De plus, il y avait le fait qu’une bouteille avait soudainement été lancée immédiatement après que Miller avait proféré la dernière et ultime menace de mort. Le juge du procès a conclu que cet élément, conjugué au fait que des menaces avaient dans le passé été proférées contre l’appellant et son épouse, avait incité l’appellant à agir.

These reasons were specifically adopted by this Court. See *R. v. Sheridan*, [1991] 2 S.C.R. 205. These then are the considerations which the trial judge must take into account in making assessment as to whether or not there was any evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could find that the defence of provocation could be applicable in the circumstances of this case.

Notre Cour a expressément fait siens ces motifs. Voir *R. c. Sheridan*, [1991] 2 R.C.S. 205. Voilà donc les facteurs dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer s’il existe quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure que la défense de provocation pourrait s’appliquer dans les circonstances de l’affaire.

Bearing in Mind the Principles Pertaining to Provocation, Was There any Evidence Adduced in This Case Which Required the Trial Judge to Leave That Defence with the Jury?

Compte tenu des principes applicables à la provocation, existait-il en l’espèce quelque élément de preuve obligeant le juge du procès à soumettre cette défense à l’appréciation du jury?

22 In this case, there is no doubt that the relationship of the wife of the accused with the deceased was the dominating factor in the tragic killing. Obviously, events leading to the break-up of the

Dans la présente affaire, il ne fait aucun doute que la liaison de l’épouse de l’accusé avec la victime a été le facteur prépondérant dans cette tragique histoire de meurtre. Évidemment, les événe-

marriage can never warrant taking the life of another. Affairs cannot justify murder. Yet the provocation defence section has always been and is presently a part of the *Criminal Code*. Any recognition of human frailties must take into account that these very situations may lead to insults that could give rise to provocation. Some European penal codes recognize "crimes of passion" as falling within a special category. Indeed many of the Canadian cases which have considered the applicability of the defence arise from such situations. See, for example, the cases of *Daniels, supra*, and *Conway, supra*. The defence of provocation does no more than recognize human frailties. Reality and the past experience of the ages recognize that this sort of situation may lead to acts of provocation. Each case must be considered in the context of its particular facts to determine if the evidence meets the requisite threshold test necessary to establish provocation.

The Objective Element of the Test

In this case, it is appropriate to take into account the history of the relationship between the accused and the deceased. The accused's wife had, on a prior occasion, planned to leave him for the deceased but he had managed to convince her to return to him. He hoped to accomplish the same result when his wife left him for the deceased on this second occasion. At the time of the shooting he was distraught and had been without sleep for some 34 hours. When he turned into the parking lot of his wife's employer he still wished to talk to her in private. Later, when the deceased held his wife by her shoulders in a proprietary and possessive manner and moved her back and forth in front of him while he taunted the accused to shoot him, a situation was created in which the accused could have believed that the deceased was mocking him and preventing him from his having the private

ments qui mènent à la rupture d'un mariage ne peuvent jamais justifier quelqu'un d'enlever la vie à autrui. L'existence d'une liaison ne saurait justifier un meurtre. Pourtant, l'article relatif à la défense de provocation figure depuis toujours dans le *Code criminel*. Toute reconnaissance des faiblesses de l'être humain doit tenir compte de la possibilité que ces situations donnent lieu à des insultes susceptibles, à leur tour, de conduire à la provocation. Certains codes pénaux européens reconnaissent que les «crimes passionnels» constituent une catégorie particulière. En fait, bon nombre de décisions canadiennes dans lesquelles on s'est interrogé sur l'applicabilité de la défense de provocation découlent de situations de ce genre. Voir, par exemple, les arrêts *Daniels* et *Conway*, précités. La défense de provocation ne fait que reconnaître les faiblesses de l'être humain. La réalité de tous les jours et l'expérience des siècles passés montrent bien que les situations de ce genre peuvent entraîner des actes de provocation. Il faut examiner chaque cas à la lumière des faits qui lui sont propres pour déterminer si la preuve satisfait au critère préliminaire requis pour établir l'existence d'une provocation.

L'élément objectif du critère

En l'espèce, il convient de tenir compte de l'histoire des relations entre l'accusé et la victime. L'épouse de l'accusé avait, à une occasion auparavant, projeté de le quitter pour la victime, mais l'accusé avait réussi à la convaincre de lui revenir. Il espérait donc en faire autant lorsque son épouse l'a quitté, en cette seconde occasion, pour aller rejoindre la victime. Lorsque le coup a été tiré, l'accusé était atterré et n'avait pas dormi depuis environ 34 heures. Lorsqu'il est entré dans le terrain de stationnement de l'immeuble où travaillait son épouse, il souhaitait encore lui parler en privé. Par la suite, lorsque la victime tenait son épouse par les épaules, d'une manière possessive et comme si elle lui appartenait, et qu'il la balançait devant lui, de gauche à droite, tout en défiant l'accusé de le descendre, tous ces faits ont créé une situation telle que l'accusé a pu croire que la vic-

conversation with his wife which was so vitally important to him.

time se moquait de lui et l'empêchait d'avoir avec son épouse la conversation privée qui avait pour lui une importance si vitale.

24 Taking into account the past history between the deceased and the accused, a jury could find the actions of the deceased to be taunting and insulting. It might be found that, under the same circumstances, an ordinary person who was a married man, faced with the break-up of his marriage, would have been provoked by the actions of the deceased so as to cause him to lose his power of self-control. There was some evidence, therefore, that would satisfy the objective element of the test. Next it remains to be seen whether there was evidence that could fulfil the subjective element of the test.

Compte tenu de l'historique des relations entre la victime et l'accusé, un jury pourrait conclure que, par ses actions, la victime défiait et insultait l'accusé. Il serait possible de conclure que, placée dans les mêmes circonstances, une personne ordinaire, c'est-à-dire un homme marié faisant face à la rupture de son mariage, aurait été provoquée par les actions de la victime au point d'être privée du pouvoir de se maîtriser. Il existait donc des éléments de preuve satisfaisant à l'élément objectif du critère. Il reste maintenant à déterminer s'il y avait des éléments de preuve permettant de satisfaire au volet subjectif du critère.

The Subjective Element of the Test

L'élément subjectif du critère

25 It must be determined whether there was evidence that the appellant was actually provoked. Once again it is necessary to take into account the past history involving the accused, the deceased and his wife. Further, it cannot be forgotten that the accused hadn't slept for some 34 hours and that he described himself as being devastated, stressed out and suicidal. He emphasized how important it was to him to talk to his wife in private, away from the deceased. It was in this manner that he successfully persuaded his wife to stay with him on the earlier occasion. When his wife returned to her employer's parking lot and the deceased came out of the building, he testified that his thoughts were "here is the man that won't give me a half hour alone with my wife after 21 years and he has had her for 24 hours the night before".

Il faut décider s'il y avait des éléments de preuve établissant que l'appelant avait effectivement été provoqué. Là encore, il est nécessaire de tenir compte de l'historique des relations entre l'accusé, son épouse et la victime. De plus, il ne faut pas oublier que l'accusé n'avait pas dormi depuis quelque 34 heures et qu'il a affirmé qu'il était alors atterré, à bout de nerfs et suicidaire. Il a souligné à quel point il était important qu'il parle à son épouse en privé, à l'écart de la victime, puisque c'est ainsi qu'il était parvenu, la première fois, à persuader son épouse de rester avec lui. Lorsque son épouse est retournée dans le terrain de stationnement de son employeur et que la victime est sortie de l'immeuble, il a dit avoir pensé [TRADUCTION] «voilà le gars qui ne me permet pas d'être seul avec ma femme pendant une demi-heure après 21 ans de mariage, alors qu'il n'est avec elle que depuis 24 heures si on compte la nuit dernière».

26 It was when the deceased put his arm around his wife's waist and started leading her back towards the building that the appellant removed the rifle from the car. He testified that he did so as a bluff. He hoped it would make them take him more seriously and succeed in convincing his wife to accompany him so that they could talk privately. From this point, the deceased's actions could be construed as a conscious attempt to test the appel-

C'est lorsque la victime a placé son bras autour de la taille de l'épouse de l'appelant et a commencé à la ramener vers le bureau que l'appelant a sorti la carabine de son automobile. Il a indiqué avoir agi de la sorte pour bluffer. Il espérait que ce geste les amènerait à le prendre davantage au sérieux et réussirait à convaincre son épouse de l'accompagner dans un endroit où ils pourraient discuter privément. À compter de ce moment-là,

lant's limits. When he saw that the appellant had a gun, he advanced towards him. The appellant's wife was in front of the deceased and the deceased had his hands on her shoulders. The appellant recalled that the deceased was swinging Mrs. Thibert from side to side like a moving target. While doing this, the deceased was laughing and grinning at the appellant. He also dared the appellant to fire and taunted him by saying "Come on big fellow, shoot me. You want to shoot me? Go ahead and shoot me." The deceased continued to approach the appellant, proceeding as fast as he could. In turn, the appellant kept backing up and told the deceased to "stay back", but the deceased continued to approach him. The appellant testified that he remembered wanting to scream because the deceased would not stop coming towards him. The appellant's eyes were tightly closed when he fired the gun. The time the appellant held the gun until he fired was not long. The events unfolded very quickly, in a matter of moments, seconds, not minutes.

The respondent submitted that "[r]ejection in the context of a romantic relationship will not constitute a basis for the provocation defence." This is correct. If the appellant had simply brooded over the unhappy situation, put a rifle in his car and gone looking for the deceased, then the history of the deceased's relationship with the wife of the accused could not be used as a basis for a defence of provocation because the necessary final act of provocation was missing. However, in this case, rejection is not the most significant or overriding factor. The appellant sought to avoid the deceased in order to talk privately with his wife. The evidence indicates that the confrontation with the deceased in the parking lot was unexpected. The appellant had gone to some lengths to avoid meeting the deceased.

les actions de la victime pourraient être interprétées comme une tentative délibérée de voir jusqu'où irait l'appelant. Lorsque le défunt a vu que l'appelant avait une arme, il s'est avancé vers lui. L'épouse de l'appelant se tenait devant la victime, qui avait les mains posées sur ses épaules. L'appelant se rappelle que la victime faisait balancer M^{me} Thibert de gauche à droite, comme une cible mobile. Pendant tout ce temps, la victime se moquait de l'appelant, en lui faisant de grands sourires narquois. Il a également défié ce dernier de tirer et l'a nargué en lui disant [TRADUCTION] «Vas-y mon grand, descends-moi. Tu veux me descendre? Alors vas-y, descends-moi.» La victime a continué d'avancer vers l'appelant aussi rapidement que possible. Quant à l'appelant, tout en continuant de reculer, il a dit à la victime de [TRADUCTION] «rester à distance», mais la victime n'a pas cessé de se rapprocher. L'appelant a témoigné qu'il se rappelait avoir voulu crier parce que la victime ne cessait de s'avancer vers lui. L'appelant avait les yeux complètement clos lorsque le coup est parti. Il s'est écoulé peu de temps entre le moment où l'appelant a saisi l'arme et celui où il a tiré. Les événements se sont déroulés très rapidement, en l'espace de quelques instants, de quelques secondes, et non de minutes.

L'intimée a plaidé que [TRADUCTION] «[I]e fait d'avoir été rejeté dans le contexte d'une relation amoureuse ne peut être invoqué comme fondement de la défense de provocation.» C'est juste. Si l'appelant n'avait fait que ruminer la triste situation, déposer une carabine dans son automobile et partir à la recherche de la victime, l'historique de la relation entre la victime et l'épouse de l'accusé ne pourrait servir de fondement à la défense de provocation, étant donné que le nécessaire acte final de provocation serait absent. Or, en l'espèce, le rejet n'est pas le facteur le plus important ou dominant. L'appelant a cherché à éviter la victime afin de pouvoir parler privément avec son épouse. La preuve indique que la confrontation avec la victime dans le terrain de stationnement n'était pas prévue. L'appelant avait déployé beaucoup d'efforts pour éviter de rencontrer la victime.

28 In my view there was evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could have concluded that the defence of provocation was applicable. Next it must be considered whether the acts of the deceased were those which he had a legal right to do and thus within the exemption described in s. 232(3).

Were the Acts of the Deceased Ones Which He Had a Legal Right to Do but Which Were Nevertheless Insulting?

29 It will be remembered that s. 232(3) provides that “no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do”. In the context of the provocation defence, the phrase “legal right” has been defined as meaning a right which is sanctioned by law as distinct from something which a person may do without incurring legal liability. Thus the defence of provocation is open to someone who is “insulted”. The words or act put forward as provocation need not be words or act which are specifically prohibited by the law. It was put in this way in *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), by Brooke J.A. (at p. 649):

The absence of a remedy against doing or saying something or the absence of a specific legal prohibition in that regard does not mean or imply that there is a legal right to so act. There may be no legal remedy for an insult said or done in private but that is not because of legal right. The section distinguishes legal right from wrongful act or insult and the proviso of the section ought not to be interpreted to license insult or wrongful act done or spoken under the cloak of legal right.

This interpretation of “legal right” was adopted in *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (Ont. C.A.), where, at p. 175, Martin J.A. noted that “[t]he law does not approve of everything which it does not forbid.”

À mon avis, il existait des éléments de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'applicabilité du moyen de défense fondé sur la provocation. Il faut maintenant décider si les actions de la victime étaient des actions qu'elle avait un droit légal de faire et qui, de ce fait, sont visées par l'exemption prévue au par. 232(3).

Les actions de la victime étaient-elles des actions qu'elle avait un droit légal de faire, mais qui étaient néanmoins insultantes?

Il faut se rappeler que, aux termes du par. 232(3), «nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire». Dans le contexte de la défense de provocation, l'expression «droit légal» a été définie comme signifiant un droit reconnu par la loi par opposition à quelque chose qu'une personne peut faire sans engager sa responsabilité juridique. Par conséquent, la défense de provocation peut être invoquée par la personne qui est «insultée». Il n'est pas nécessaire que les paroles ou actions alléguées comme étant de la provocation soient des paroles ou actions spécifiquement interdites par la loi. Le juge Brooke s'est exprimé ainsi à cet égard dans l'arrêt *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), (à la p. 649):

[TRADUCTION] L'absence de recours contre des actions ou des paroles ou l'absence d'une interdiction légale spécifique à cet égard ne signifie pas et n'emporte pas qu'il existe un droit légal autorisant de tels agissements. Il est possible qu'il n'existe aucun recours en droit à l'égard d'une insulte — parole ou action — faite en privé, mais ce n'est pas dû au fait qu'il existe un droit légal autorisant un tel comportement. L'article qui nous intéresse établit une distinction entre le droit légal et l'action injuste ou l'insulte. De plus, la réserve prévue par cet article ne doit pas être interprétée comme ayant pour effet d'autoriser qu'une insulte soit formulée ou qu'une action injuste soit accomplie sous le couvert d'un droit légal.

Cette interprétation de l'expression «droit légal» a été adoptée dans *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (C.A. Ont.), où, à la p. 175, le juge Martin a souligné que [TRADUCTION] «[l]a loi n'autorise pas tout ce qu'elle n'interdit pas.»

Thus, while the actions of the deceased in the parking lot were clearly not prohibited by law, they could nonetheless be found by a jury to constitute insulting behaviour. In light of the past history, possessive or affectionate behaviour by the deceased towards the appellant's wife coupled with his taunting remarks could be considered to be insulting. Nor can it be said that these actions really constituted self-defence. The deceased was told by the appellant's wife that the gun was unloaded and he may have believed her. In any event, he continued to advance towards the appellant and to goad him to shoot despite the request to stop. In the circumstances, the actions of the deceased could well be found not to be acts of self-defence. A jury could infer that it was the taunting of the appellant by the deceased who was preventing him from talking privately with his wife which was the last straw that led him to fire the rifle suddenly before his passion had cooled. While the deceased's conduct might not have been specifically prohibited nor susceptible to a remedy it was not sanctioned by any legal right.

In summary, there was some evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could find that the defence of provocation was applicable. It was appropriate for the trial judge to leave his defence with the jury. Once it was determined the defence should be left then the trial judge was required to correctly relate the principles of reasonable doubt as they applied to that defence.

Some General Comments

The Effect of Leaving the Defence of Provocation With the Jury

It must be remembered that to find that there was evidence which justified leaving the defence to the jury is far from concluding that jury should

Par conséquent, même si les actions de la victime dans le terrain de stationnement n'étaient manifestement pas interdites par la loi, un jury pourrait néanmoins conclure qu'elles constituaient un comportement insultant. À la lumière de l'histoire des relations entre la victime et l'appelant, le comportement possessif ou affectueux de la victime envers l'épouse de l'appelant, conjugué aux paroles de défi lancées par la victime, pourrait être considéré insultant. Il n'est par ailleurs pas possible d'affirmer que ces actions constituaient véritablement de l'autodéfense. L'épouse de l'appelant a dit à la victime que l'arme n'était pas chargée, et il est possible que ce dernier l'ait crue. Quoi qu'il en soit, la victime a continué d'avancer vers l'appelant et de le narguer en le défiant de tirer, en dépit du fait que ce dernier lui disait d'arrêter de bouger. Dans les circonstances, les actions de la victime pourraient bien ne pas être jugées comme étant des gestes d'autodéfense. Un jury pourrait déduire que le défi lancé à l'appelant par la victime, qui empêchait l'appelant de parler privément avec son épouse, a été la goutte qui a fait déborder le vase et a amené l'appelant à faire feu avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Même si le comportement de la victime n'était pas spécifiquement prohibé et ne donnait pas ouverture à un recours, il n'était pas autorisé par quelque droit légal.

En résumé, il existait des éléments de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'applicabilité de la défense de provocation. Le juge du procès a eu raison de soumettre cette défense à l'appréciation du jury. Dès lors qu'il avait été décidé que la défense devait être soumise au jury, le juge du procès était tenu d'exposer correctement les principes relatifs au doute raisonnable qui s'appliquent à cette défense.

Observations générales

Les conséquences de la décision de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury

Il faut se rappeler que le fait de conclure qu'il existait des éléments de preuve justifiant de soumettre la défense à l'appréciation du jury est loin

30

31

32

or would act upon that evidence. The defence is simply something that the jury will have to assess. The great good sense of jurors will undoubtedly lead them to consider all the facts, including the presence of the loaded gun in the car. Further, it must be remembered that the defence of provocation goes no farther than to reduce the conviction for murder to one of manslaughter. This is hardly an insignificant crime when it is remembered that the life imprisonment can be imposed as punishment.

Advantageous Position of the Trial Judge

33

It is trite but important to recall that the trial judge had the tremendous advantage of seeing and hearing the testimony of all who testified. The trial judge was in a very advantageous position to determine if there was such evidence of provocation adduced that the defence should be left with the jury. He considered the objections of the Crown to leaving the defence with the jury but decided, rightly in my view, that he should instruct the jury on the defence. Unless there is an absence of any evidence as to the objective and subjective elements of the defence such a decision of a trial judge should not be lightly interfered with by an appellate court.

The Juries Question as to Provocation

34

Of still greater significance the jury in this case asked a question pertaining to the objective element of the defence of provocation. The question makes it apparent that the jury was seriously considering the evidence relating to the defence and was concerned by it. In light of the evidence adduced relating to provocation this, in itself, is an indication that the defence was properly left to the jury.

de signifier que le jury doit agir ou agira sur le fondement de cette preuve. La défense est simplement un élément que le jury devra apprécier. Il ne fait aucun doute que le gros bon sens des jurés les amènera à tenir compte de tous les faits, y compris de la présence de l'arme chargée dans l'automobile. Qui plus est, il ne faut pas oublier que la défense de provocation ne permet rien de plus que de réduire la déclaration de culpabilité pour meurtre à celle d'homicide involontaire coupable, crime qui est loin d'être une peccadille puisque, rappelons-le, son auteur est passible de l'emprisonnement à perpétuité.

Avantage du juge du procès

Même s'il s'agit d'un lieu commun, il est néanmoins important de rappeler que le juge du procès a eu l'avantage énorme de voir et d'entendre tous les témoins. Il était dans une position très avantageuse pour décider s'il avait été présenté, relativement à la provocation, des éléments de preuve indiquant que cette défense devait être soumise à l'appréciation du jury. Après avoir pris en considération les objections du ministère public à cet égard, il a décidé, correctement selon moi, qu'il devait donner au jury des directives sur ce moyen de défense. Un tribunal d'appel ne devrait pas modifier trop rapidement une telle décision du juge du procès, sauf en l'absence de preuve quant aux éléments objectif et subjectif de ce moyen de défense.

Les questions du jury relativement à la provocation

Fait encore plus important, comme dans le présent cas le jury a posé une question concernant l'élément objectif de la défense de provocation, il est évident que le jury examinait sérieusement la preuve relative à cette défense et s'interrogeait à cet égard. Compte tenu de la preuve produite relativement à la provocation, ce fait est en lui-même une indication que ce moyen de défense a à juste titre été soumis à l'appréciation du jury.

Disposition

In the result, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and direct a new trial on the charge of second degree murder.

The reasons of Iacobucci and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — This appeal concerns the application of the defence of provocation found in s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Specifically at issue is whether the trial judge was correct in leaving the defence with the jury, and if so, whether the jury charge can be saved by s. 686(1)(b)(iii).

I. Facts

The appellant Norman Eugene Thibert was charged with first degree murder in the shooting death of his estranged wife's lover, Alan Sherren. Norman Eugene Thibert married his wife, Joan Thibert, in July 1970. The couple had two children, Michelle and Catrina, aged 22 and 19 respectively at the time of the trial.

The Thiberts' marriage had its share of problems. Early on in the marriage, Mr. Thibert admitted to his wife that he had had three extra-marital affairs. In September 1990, Mrs. Thibert began an intimate relationship with the deceased, a co-worker. She disclosed this relationship to her husband in April 1991. He was distraught and eventually convinced his wife to remain with him and attempt to make their marriage work.

On July 2, 1991, Mrs. Thibert decided to leave her husband. She took a hotel room rather than returning home. The appellant drove around the city that evening, unsuccessfully searching for the hotel where his wife was staying. When he returned home, he removed a rifle and a shotgun

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs des juges Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le pourvoi porte sur l'application de la défense de provocation prévue à l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit plus particulièrement de décider si le juge du procès a eu raison de soumettre cette défense à l'appréciation du jury et, dans l'affirmative, si la validité de l'exposé au jury peut être sauvegardée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

I. Les faits

L'appellant, Norman Eugene Thibert, a été accusé de meurtre au premier degré à la suite du décès, par coup de feu, de Alan Sherren, l'amant de son épouse, dont il est séparé. Norman Eugene Thibert a épousé Joan Thibert en juillet 1970. Le couple a eu deux enfants, Michelle et Catrina, qui étaient âgés respectivement de 22 ans et de 19 ans au moment du procès.

Le couple Thibert a connu sa part de problèmes matrimoniaux. Dans les premiers temps du mariage, M. Thibert a avoué à son épouse avoir eu trois aventures extra-conjugales. En septembre 1990, M^{me} Thibert a noué une relation intime avec la victime, un collègue de travail. Elle a révélé l'existence de cette relation à son époux en avril 1991. Atterré par cette nouvelle, celui-ci est néanmoins finalement parvenu à convaincre son épouse de demeurer avec lui pour tenter de réussir leur mariage.

Le 2 juillet 1991, M^{me} Thibert a décidé de quitter son mari, et elle a loué une chambre d'hôtel plutôt que de retourner à la maison. Ce soir-là, l'appellant a roulé dans les rues de la ville, cherchant sans succès l'hôtel où se trouvait son épouse. De retour à la maison, il est allé chercher une cara-

35

36

37

38

39

from the basement of the house to the garage. He testified that he thought about killing the deceased, his wife, or himself. He loaded the rifle, and then left the guns in a corner of the garage, having at that point abandoned his violent thoughts.

bine et un fusil de chasse dans le sous-sol de la résidence et il les a apportés dans le garage. Il a témoigné qu'il avait songé à tuer son épouse ou la victime, ou encore à s'enlever la vie. Il a chargé la carabine, qu'il a laissée avec l'autre arme dans un coin du garage, ayant à ce moment-là abandonné ses pensées violentes.

40 The daughter, Catrina arrived home to find her father very upset. He told her of her mother's affair. At approximately 11:00 p.m., Mrs. Thibert telephoned her husband at home to tell him of her decision to leave him. At his request, she agreed to meet him the next morning, at Smitty's Restaurant in St. Albert, a suburb of Edmonton at 7:00 a.m.

Lorsqu'elle est arrivée à la maison, sa fille, Catrina, l'a trouvé très bouleversé. Il lui a alors révélé l'aventure qu'avait eue sa mère. À environ 23 h, M^{me} Thibert a appelé son mari, à la maison, pour lui faire part de sa décision de le quitter. À la demande de son époux, elle a accepté de le rencontrer le lendemain matin, à 7 h, au restaurant Smitty's à St. Albert, en banlieue d'Edmonton.

41 The next morning Mr. Thibert and Catrina went to the restaurant to meet Mrs. Thibert who arrived at the meeting with the deceased. The appellant attempted to persuade her to return home with him, but she refused. The meeting at Smitty's lasted approximately one hour. At the end of the meeting, Mr. Thibert promised not to bother his wife at work, and in return, she promised to think about coming home that night to again talk to him. Outside the restaurant, while waiting for Mrs. Thibert to finish talking with Catrina, the appellant told the deceased, "I hope you intend on moving back east or living under assumed names Because as long as I have got breath in my body I am not going to give up trying to get my wife back from you, and I will find you wherever you go."

Le lendemain matin, M. Thibert et Catrina se sont rendus au restaurant pour rencontrer M^{me} Thibert, qui arriva au rendez-vous en compagnie du défunt. L'appelant a alors tenté de convaincre son épouse de revenir à la maison avec lui, mais elle a refusé. La rencontre chez Smitty's a duré environ une heure. À la fin, M. Thibert a promis de ne pas importuner son épouse au travail, en retour de quoi celle-ci a promis de réfléchir à la possibilité de se rendre à la maison ce soir-là pour discuter à nouveau avec lui. À l'extérieur du restaurant, en attendant que M^{me} Thibert finisse sa conversation avec Catrina, l'appelant a dit à la victime: [TRADUCTION] «J'espère que vous avez l'intention de retourner dans l'est ou de vivre sous des noms d'emprunt . . . Car tant que je serai vivant, je ne cesserai jamais de tenter de te reprendre ma femme, et je vous trouverai bien, où que vous alliez.»

42 The appellant testified that, when he returned home, he thought about killing himself, and so returned to the garage and retrieved the guns. He sawed off the barrel of the shotgun, but then discovered that the gun was inoperable since the firing pin was broken.

L'appelant a témoigné que, à son retour à la maison, il a songé à se suicider, et qu'en conséquence il est retourné dans le garage pour y récupérer les armes. Après avoir tronçonné le canon du fusil de chasse, il s'est toutefois aperçu que l'arme était inutilisable, car le percuteur était cassé.

43 He telephoned his wife at work several times in an effort to persuade her to return to him.

Il a appelé plusieurs fois son épouse au travail dans l'espoir de la convaincre de lui revenir.

44 During one afternoon call, she asked him to stop phoning her and told him that she was leaving

Un après-midi, au cours de l'un de ces appels, elle lui a demandé de cesser de l'appeler et lui a dit

work to make a bank deposit. The appellant then drove into the city, planning to find his wife while she was at the bank, and away from the influence of the deceased, and again attempt to convince her to give the marriage another try.

He put the loaded rifle in the back of his car before departing, thinking that he might have to kill the deceased. He testified that a few miles from home he abandoned that thought, but instead planned to use the rifle as a final bluff to get his wife to come with him. The police later seized a box of shells from the vehicle, although the appellant stated that he did not remember placing the ammunition in the car.

At approximately 2:45 p.m., the appellant parked across the street from his wife's place of work. When he saw Mrs. Thibert depart for the bank, he followed her. She noticed him at a stoplight, at which time he attempted to persuade her to get into his car so they could talk. The appellant followed Mrs. Thibert to the bank, and insisted that they go some place private to talk. Mrs. Thibert agreed to meet him in a vacant lot but instead, out of fear returned to her workplace. The appellant followed her into the parking lot. The appellant again tried to persuade Mrs. Thibert to go some place with him to talk, but she continued to refuse.

The appellant told Mrs. Thibert that he had a high powered rifle in his car, but claimed that it was not loaded. He suggested that he would have to go into Mrs. Thibert's workplace and use the gun. At that time, the deceased came out of the building and began to lead Mrs. Thibert back into the office. The appellant then removed the rifle from the car.

The appellant's evidence was that the deceased began walking towards him, with his hands on Mrs. Thibert's shoulders swinging her back and forth, saying, "You want to shoot me? Go ahead

qu'elle sortait du bureau pour aller effectuer un dépôt à la banque. L'appelant s'est alors rendu en ville, projetant d'aller rencontrer son épouse pendant qu'elle serait à la banque, loin de l'influence de la victime, et de tenter à nouveau de la convaincre de donner une autre chance à leur mariage.

Il a déposé la carabine chargée sur la banquette arrière de son automobile avant de partir, se disant qu'il pourrait devoir tuer la victime. Il a témoigné que, à quelques milles de chez lui, il a abandonné cette idée, projetant plutôt d'utiliser la carabine dans un ultime bluff visant à convaincre son épouse de rentrer avec lui. Par la suite, la police a saisi une boîte de cartouches dans le véhicule, mais l'appelant a déclaré ne pas se souvenir d'y avoir déposé les munitions.

À environ 14 h 45, l'appelant a stationné son véhicule devant le lieu de travail de son épouse, de l'autre côté de la rue. Lorsqu'il a vu M^{me} Thibert partir à la banque, il l'a suivie. Elle a remarqué sa présence à un feu rouge, et il a alors tenté de la persuader de monter dans l'automobile pour qu'ils puissent discuter. L'appelant a suivi M^{me} Thibert jusqu'à la banque et a insisté pour qu'ils se rendent dans un endroit tranquille, où ils pourraient parler. Madame Thibert a accepté de le rencontrer dans un terrain vague mais, prise de peur, elle est plutôt retournée à son lieu de travail. L'appelant l'a suivie dans le terrain de stationnement. Il a encore une fois tenté de persuader M^{me} Thibert de l'accompagner dans un endroit où ils pourraient discuter, mais elle a maintenu son refus.

L'appelant a dit à M^{me} Thibert qu'il avait une carabine de fort calibre dans son automobile, mais a prétendu que l'arme n'était pas chargée. Il a laissé entendre qu'il serait forcé d'entrer dans le lieu de travail de M^{me} Thibert et d'utiliser l'arme. À ce moment-là, la victime est sortie de l'immeuble et a commencé à ramener M^{me} Thibert vers le bureau. L'appelant a alors sorti la carabine de l'automobile.

Suivant le témoignage de l'appelant, le défunt s'est alors dirigé vers lui, les mains posées sur les épaules de M^{me} Thibert, balançant cette dernière devant lui de gauche à droite en disant: [TRADUC-

45

46

47

48

and shoot me.” and “Come on big fellow, shoot me. You want to shoot me? Go ahead and shoot me.” At some point, Mrs. Thibert either moved, or was moved aside. The appellant testified that the deceased kept coming towards him, ignoring the appellant’s instructions to stay back. The appellant testified that his eyes were closed as he tried to retreat inward and the gun discharged.

49 After the shot, Mrs. Thibert ran into the office building. At some point, the appellant put the gun down, entered the office building, and calmly said that he wanted to talk to his wife. He then exited the building, picked up the gun, put more ammunition in it, and said he was not going to hurt anyone. He placed the gun in his car and drove away.

50 While he was driving, the appellant noticed a police car following him. He pulled off onto a side road, and surrendered to the police. At the time of his arrest, Constable Baumgartner recorded that the appellant stated “It’s out of me now. He was fooling around with my wife.” Constable Turner recorded the appellant’s statement as “For what it’s worth, I was just after him. For what it’s worth, it’s out of me now. He was fooling around with my wife.”

51 The appellant was tried by judge and jury. He was found guilty of murder in the second degree.

II. Legislation

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of

TION] «Tu veux me descendre? Vas-y, descends-moi.» et «Vas-y mon grand, descends-moi. Tu veux me descendre? Alors vas-y, descends-moi.» À un moment donné, M^{me} Thibert a bougé ou a été poussée de côté. L’appelant a témoigné que la victime a continué d’avancer vers lui, malgré l’ordre qu’il lui donnait de rester à distance. Il a affirmé qu’il avait les yeux fermés et tentait de rentrer en lui-même lorsque le coup est parti.

Dès que le coup a été tiré, M^{me} Thibert est entrée en courant dans l’immeuble à bureaux. À un moment donné, l’appelant a déposé la carabine, il est entré dans l’immeuble et il a calmement dit qu’il voulait parler à son épouse. Puis il est ressorti, a repris l’arme, l’a rechargée et a déclaré qu’il ne ferait de mal à personne. Il a déposé la carabine dans son automobile, puis il est parti dans celle-ci.

Pendant qu’il conduisait, l’appelant a remarqué qu’une voiture de police le suivait. Il a immobilisé son véhicule dans une petite rue et il s’est livré à la police. Au moment de son arrestation, l’appelant aurait, selon ce qu’a consigné l’agent Baumgartner, dit ce qui suit: [TRADUCTION] «C’est fait maintenant. Il couchait avec ma femme.» Voici les propos qu’a pour sa part consignés l’agent Turner: [TRADUCTION] «Prenez-le pour ce que ça vaut, mais je n’en voulais qu’à lui. Prenez-le pour ce que ça vaut, c’est fait maintenant. Il couchait avec ma femme.»

Au terme d’un procès devant un juge et un jury, l’appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

II. Les dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l’a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l’applica-

this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

III. Courts Below

Trial Court

At trial, the appellant argued that he did not have the requisite intent to commit murder, or that in the alternative, he was provoked. The trial judge left the defence of provocation with the jury, but his charge did not relate the reasonable doubt standard to the defence of provocation. During deliberations, the jury returned twice with questions, including a request for clarification of the provocation provision of the *Criminal Code* specifically with regard to the ordinary person standard. The jury found the appellant guilty of murder in the second degree.

Alberta Court of Appeal (1994), 93 C.C.C. (3d) 193

Foisy J.A.

Foisy J.A. dismissed the appellant's appeal on the grounds that the subjective element of the defence of provocation did not have an air of reality on the evidence in this case. The appellant's main defence was that he had no intention to cause death or grievous bodily harm. It would then be

tion du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir:

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

III. Les juridictions inférieures

La cour de première instance

Au procès, l'appellant a plaidé qu'il n'avait pas eu l'intention requise pour commettre le meurtre et, subsidiairement, qu'il avait été provoqué. Le juge du procès a soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury mais, dans son exposé, il n'a pas indiqué de lien entre la norme du doute raisonnable et le moyen de défense fondé sur la provocation. Au cours de ses délibérations, le jury est revenu à deux reprises poser des questions, notamment pour demander des précisions sur les dispositions du *Code criminel* relatives à la provocation, particulièrement en ce qui concerne la norme relative à la personne ordinaire. Le jury a déclaré l'appellant coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel de l'Alberta (1994), 93 C.C.C. (3d) 193

Le juge Foisy

Le juge Foisy a rejeté l'appel interjeté par l'appellant pour le motif que l'élément subjectif de la défense de provocation n'avait aucune apparence de vraisemblance eu égard à la preuve présentée dans cette affaire. Comme l'appellant avait affirmé, comme principal moyen de défense, qu'il n'avait

inconsistent for the appellant to argue that, alternatively, he did intend to shoot the deceased, but did so because he was provoked. The appellant's own words indicated that his actions had nothing to do with an intentional act committed in the heat of passion caused by sudden provocation. Therefore, it was an error for the trial judge to have left the defence of provocation with the jury. This error did not prejudice the appellant.

54 Foisy J.A. agreed with the reasons of McClung J.A., that if provocation had been a live issue in this case, the jury charge was inadequate.

Côté J.A., concurring

55 Côté J.A. dismissed the appellant's appeal on the grounds that he could find no evidence that the accused acted in the heat of passion. Since one of the elements necessary for provocation was totally absent, it was not a live issue and should not have been left with the jury.

56 Côté J.A. also agreed with McClung J.A., that if provocation was a live issue in this case, the jury charge was inadequate.

McClung J.A., dissenting

57 McClung J.A. would have allowed the appellant's appeal. He found that the verdict was vulnerable because the trial judge did not instruct the jury that the Crown had the onus of disproving provocation beyond a reasonable doubt. The fact that the trial judge had explained that the Crown had the burden of proving the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt could not override the necessity of specific guidance on the issue of provocation and the proof burden that accompanies it. In this case, the jury might have been left with the notion that the accused bore some proof

pas eu l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, il était illogique pour celui-ci de prétendre, subsidiairement, qu'il avait bel et bien eu l'intention de descendre la victime, mais qu'il l'avait fait sous le coup de la provocation. Il ressort des paroles mêmes de l'appelant que ses actions n'avaient rien d'un acte intentionnel commis dans un accès de colère causé par une provocation soudaine. C'est donc à tort que le juge du procès a soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury. Cette erreur n'a toutefois pas causé préjudice à l'appelant.

Le juge Foisy a souscrit aux motifs du juge McClung portant que, si la question de la provocation était vraiment un point litigieux dans l'affaire, l'exposé au jury avait été inadéquat.

Le juge Côté, motifs concordants

Le juge Côté a rejeté l'appel interjeté par l'appelant pour le motif qu'il ne trouvait aucun élément de preuve indiquant que ce dernier avait agi dans un accès de colère. Comme un des éléments nécessaires pour établir le bien-fondé de la défense de provocation était entièrement absent, il ne s'agissait pas vraiment d'un point litigieux, et la question n'aurait pas dû être laissée à l'appréciation du jury.

Le juge Côté a également convenu avec le juge McClung que, si la question de la provocation était vraiment un point litigieux dans l'affaire, l'exposé au jury avait été inadéquat.

Le juge McClung, motifs dissidents

Le juge McClung aurait accueilli l'appel formé par l'appelant. Il a conclu que le verdict était vulnérable puisque le juge du procès n'avait pas informé le jury que le ministère public avait le fardeau de réfuter, hors de tout doute raisonnable, la thèse de la provocation. Même s'il a expliqué qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l'infraction, le juge du procès n'en avait pas moins l'obligation de donner des directives précises sur la question de la provocation et sur le fardeau de la preuve qui s'y rattache. En l'espèce, le jury a pu

obligation in the establishment of the provocation defence.

McClung J.A. noted that the trial judge concluded that provocation was a real issue arising on the evidence after hearing argument on the point, and declined to disturb the trial judge's decision to leave the defence with the jury. McClung J.A. also noted that the jury did not convict the appellant of first degree murder, which finding accords more with a provoked and impulsive homicide than one which was planned and deliberate. He found (at pp. 196-97) that the jury could decide that the deceased's taunting and goading of the appellant at the time of the shooting was a "re-emergence of the wrongful insult" of the deceased's attack on the appellant's marriage. In the circumstances, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could not be invoked.

IV. Issues

1. Was the defence of provocation properly left with the jury?
2. If so, can the verdict be saved by the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*?

V. Analysis

A. *Was the Defence of Provocation Properly Left with the Jury?*

In *Parmerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, this Court, discussing the provocation defence, set out the test for determining when the defence should be left with the jury. Fauteux C.J., speaking for the majority said, at p. 454:

If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b) [now s. 232(3)(a) and (b)], it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to

avoir l'impression que l'accusé devait assumer une part du fardeau de la preuve dans l'établissement du bien-fondé de la défense de provocation.

Le juge McClung a souligné que, après avoir entendu les arguments à cet égard, le juge du procès avait conclu que la question de la provocation se posait réellement compte tenu de la preuve, et il a refusé de modifier la décision de ce dernier de soumettre ce moyen de défense à l'appréciation du jury. Le juge McClung a également fait remarquer que le jury n'avait pas déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré, et que le verdict concordait davantage avec un homicide impulsif et causé par la provocation qu'avec un homicide commis avec préméditation et de propos délibéré. Il a conclu (aux pp. 196 et 197) que le jury pouvait décider qu'en défiant et en narguant l'appelant au moment du coup de feu le défunt avait [TRADUCTION] «ravivé l'insulte injuste» que constituait l'atteinte qu'il avait causée au mariage de l'appelant. Dans les circonstances, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne pouvait être invoqué.

IV. Questions en litige

1. La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise à l'appréciation du jury?
2. Dans l'affirmative, la validité du verdict peut-elle être sauvegardée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

V. Analyse

A. *La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise à l'appréciation du jury?*

Dans l'arrêt *Parmerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, notre Cour a, dans le cours de son analyse de la défense de provocation, formulé le critère qui permet de déterminer dans quels cas la défense doit être soumise à l'appréciation du jury. S'exprimant pour les juges de la majorité, le juge en chef Fauteux a dit ce qui suit, à la p. 454:

Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l'art. 203 [maintenant les al. 232(3)a) et b)], il entre donc, comme question de droit, dans le

refrain from putting the defence of provocation to the jury.

60 In *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, this Court dealt with the objective branch of the provocation defence, found now in s. 232(3)(a) of the *Criminal Code*. Spence J., for the Court, after reviewing the evidence, stated, at p. 21:

As I have said, it is the duty of this Court to come to a decision whether those circumstances amount to any evidence that a reasonable jury acting judicially could find a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control (s. 215(2)) [now s. 232(2)], and I am strongly of the view, with great respect to the opinion expressed by Martin J.A., that no jury acting judicially could come to such a conclusion.

61 Therefore, if the record is without evidence enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, the objective branch of the threshold test for provocation has not been met and the defence should not be left with the jury.

62 The definition of insult, cited with approval by Kellock J. in *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462, at p. 475, is:

“Insult” is defined in “The Oxford English Dictionary” *inter alia*, as

an act, or the action, of attacking or assailing; an open and sudden attack or assault without formal preparations; injuriously contemptuous speech or behaviour; scornful utterance or action intended to wound self-respect; an affront; indignity.

63 In my opinion, in this case there is no evidence of a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. That the deceased may have positioned Mrs. Thibert between himself and the appellant cannot constitute a wrongful act or insult. Nor can the statements “You want to shoot me? Go ahead and shoot me” and “Come on big fellow, shoot me” be con-

cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de la décider et celui-ci doit s’abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Dans l’arrêt *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, notre Cour s’est penchée sur le volet objectif de la défense de provocation, qui figure maintenant à l’al. 232(3)a du *Code criminel*. Après avoir examiné la preuve, le juge Spence, qui s’exprimait pour la Cour, a déclaré ceci, aux pp. 21 et 22:

Comme je l’ai dit, c’est le devoir de cette Cour de décider si, compte tenu de ces circonstances, un jury raisonnable agissant de façon judiciaire pouvait conclure à une action injuste ou insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (art. 215(2)) [maintenant l’art. 232(2)]. Très respectueusement à l’égard de l’opinion exprimée par le juge Martin, je suis nettement d’avis qu’aucun jury agissant de façon judiciaire ne pouvait en venir à une telle conclusion.

Par conséquent, si le dossier ne renferme aucune preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable, agissant judiciairement, de conclure à l’existence d’une action injuste ou d’une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, le volet objectif du critère préliminaire en matière de provocation n’a pas été satisfait, et ce moyen de défense ne doit pas être soumis au jury.

Dans l’arrêt *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462, à la p. 475, le juge Kellock a cité et approuvé la définition suivante du terme «insulte»:

[TRADUCTION] Le Oxford English Dictionary définit notamment ainsi le terme «insulte»:

acte ou action d’attaquer ou d’assaillir; attaque ou assaut ouvert et soudain fait sans préparatifs proprement dits; paroles ou attitudes méprisantes et injurieuses; propos ou action de caractère dédaigneux destinés à blesser l’amour-propre; affront; geste indigne.

Je suis d’avis que, dans la présente affaire, il n’y a pas de preuve d’une action injuste ou d’une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Le fait que le défunt ait pu interposer M^{me} Thibert entre lui-même et l’appelant ne peut constituer une action injuste ou une insulte. Pas plus que les déclarations suivantes: [TRADUCTION] «Tu veux me descendre?

sidered a wrongful act or insult. Those actions are not contemptuous or scornful; they are legitimate reactions to a dangerous situation. It would be improper to require victims to respond in a certain way when faced with armed, threatening individuals. The defence claim that the wrongful act or insult came from the appellant's evidence that the deceased used Joan Thibert as a shield while taunting him to shoot is ironic. The appellant had control of the only true weapon involved in this situation, the rifle.

Further, that the deceased had a personal relationship with Mrs. Thibert is not a wrongful act or insult sufficient to cause an ordinary person to lose the power of self-control. The break-up of a marriage due to an extramarital affair cannot constitute such a wrongful act or insult. I agree with the statement of Freeman J.A. in *R. v. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (N.S.C.A.), at p. 542, that:

It would set a dangerous precedent to characterize terminating a relationship as an insult or wrong act capable of constituting provocation to kill. The appellant may have been feeling anger, frustration and a sense of loss, particularly if he was in a position of emotional dependency on the victim as his counsel asserts, but that is not provocation of a kind to reduce murder to manslaughter.

Similarly, it would be a dangerous precedent to characterize involvement in an extramarital affair as conduct capable of grounding provocation, even when coupled with the deceased's reactions to the dangerous situation he faced. At law, no one has either an emotional or proprietary right or interest in a spouse that would justify the loss of self-control that the appellant exhibited.

Vas-y, descends-moi.» et «Vas-y mon grand, descends-moi.» ne peuvent être considérées comme une action injuste ou une insulte. Ce ne sont pas des actes injurieux ou méprisants, mais plutôt des réactions légitimes dans une situation dangereuse. Il serait injuste d'exiger des victimes qu'elles réagissent d'une certaine façon lorsqu'elles font face à des individus armés et menaçants. La prétention de la défense que l'action injuste ou l'insulte ressortait du fait, rapporté par l'appelant dans son témoignage, que le défunt s'était servi de Joan Thibert comme bouclier pendant qu'il le défiait est ironique. En effet, c'était l'appelant qui avait alors la maîtrise de la seule véritable arme en cause dans l'incident, la carabine.

En outre, le fait que la victime avait une relation intime avec M^{me} Thibert n'équivaut pas à une action injuste ou à une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. La rupture d'un couple en raison d'une aventure extra-conjugale ne peut constituer une telle action injuste ou insulte. Je souscris aux propos suivants du juge Freeman dans l'arrêt *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (C.A.N.-É.), à la p. 542:

[TRADUCTION] Ce serait créer un précédent dangereux que de qualifier la fin d'une relation d'insulte ou d'action injuste susceptible d'équivaloir à une provocation donnant une excuse pour tuer. Il est possible que l'appelant ait ressenti de la rage et de la frustration en plus d'éprouver un sentiment de perte, surtout s'il était dans une position de dépendance émotive par rapport à la victime comme le prétend son avocat, mais il ne s'agit pas là du genre de provocation réduisant l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable.

De même, ce serait créer un précédent dangereux que de qualifier le fait d'avoir une relation extra-conjugale de comportement susceptible d'équivaloir à une provocation, même en conjuguant ce fait aux réactions qu'a eues la victime compte tenu de la situation dangereuse dans laquelle elle se trouvait. En droit, aucun individu n'a sur son conjoint de droit psychologique ou de droit de propriété le justifiant de perdre, comme l'a fait l'appelant, le pouvoir de se maîtriser.

64

65

66 In that connection, Cory J. states that the events leading to the break-up of a relationship are not factors going to provocation but I wonder whether the effect of his reasons is such that these factors have been taken into account in the context of provocation. My colleague emphasizes that the accused still wished to see his wife alone after the end of the relationship. However, in my view, she had made it clear on a number of occasions that she did not wish to be alone with him. This was a choice that Joan Thibert was free to make. The accused had no right or entitlement to speak with his wife in private. The fact that the accused believed that the deceased was preventing him from doing so is not, with respect, a fact that ought to be taken into account when considering the defence of provocation.

67 If I am wrong and the objective threshold test for provocation is met, the appeal would fail on the subjective element of the test. The appellant had known of his wife's involvement with the deceased for some time. He knew his wife wanted to leave him, and had seen the deceased with his wife earlier that day. It cannot be said that the appellant's mind was unprepared for the sight of his wife with the deceased such that he was taken by surprise and his passions were set aflame. There was no element of suddenness on the facts of this case.

68 For these reasons, I am of the opinion that neither the objective branch nor the subjective branch of the threshold test for leaving the defence of provocation with the jury has been met. There is no evidence on which a reasonable jury, acting judicially could find a wrongful act or insult sufficient to deprive the ordinary person of the power of self-control. Neither is there any evidence that the appellant acted on the sudden. The defence

À cet égard, le juge Cory affirme que les événements qui conduisent à la rupture de relations amoureuses ne sont pas des facteurs indicatifs de provocation, mais je me demande s'il ne ressort pas de ses motifs que ces facteurs ont été pris en considération pour ce qui est de la provocation. Mon collègue souligne le fait que l'accusé désirait encore rencontrer son épouse seul à seule après leur rupture. Je suis toutefois d'avis qu'elle avait clairement indiqué, à un certain nombre d'occasions, qu'elle ne désirait pas se trouver seule avec lui. Il s'agit d'un choix que Joan Thibert était libre de faire. L'accusé n'avait aucun droit de parler en privé avec son épouse. En toute déférence, le fait que l'accusé croyait que la victime l'empêchait de le faire n'est pas un fait qui devrait être pris en considération dans l'examen de la défense de provocation.

Si j'ai tort et qu'il a été satisfait à l'élément objectif du critère préliminaire en matière de provocation, le pourvoi devrait néanmoins être rejeté pour ce qui est de l'élément subjectif de ce critère. L'appelant était au courant depuis un certain temps déjà de la relation qu'entretenait son épouse avec le défunt. Il savait que son épouse voulait le quitter, et il avait vu le défunt en compagnie de son épouse plus tôt le jour même. Il n'est donc pas possible d'affirmer que l'appelant n'était à ce point pas préparé psychologiquement à voir son épouse avec la victime que la vue du couple l'a pris par surprise et a déclenché chez lui un accès de colère. À la lumière des faits de la présente affaire, il n'y a eu aucun élément de soudaineté.

Pour ces motifs, je suis d'avis que n'ont été satisfaits ni le volet objectif ni le volet subjectif du critère préliminaire servant à décider s'il faut soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. Il n'existe aucune preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement, de conclure à l'existence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Il n'y a pas non plus de preuve que l'appelant a agi sous l'impulsion du moment. Le moyen de défense n'aurait pas dû être soumis à l'appréciation du jury. Cette

should not have been left with the jury. This was an error that did not prejudice the appellant.

B. *The Application of Section 686(1)(b)(iii)*

In view of the conclusion I have reached regarding the applicability of the defence of provocation in this case, it is not necessary to consider the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

VI. Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

erreur n'a toutefois pas causé préjudice à l'appellant.

B. *L'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)*

Compte tenu de ma conclusion sur l'applicabilité de la défense de provocation en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

VI. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

69

70

Wendel Dewald *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DEWALD

File No.: 24363.

1996: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Bringing administration of justice into disrepute — Admissibility — Demand for breath sample not made in accordance with Criminal Code and infringing appellant's Charter rights — Admission of evidence obtained as result of infringement not bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained as result of technical Charter breach — Admitting evidence not bringing administration of justice into disrepute.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2).

APPEAL from a decision of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 704, 73 O.A.C. 287, 92 C.C.C. (3d) 160, 23 C.R.R. (2d) 128, 5 M.V.R. (3d) 224, dismissing an appeal from a judgment of McLean J. (1993), 48 M.V.R. (2d) 258. Appeal dismissed.

Irwin Koziobrocki, for the appellant.

Wendel Dewald *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DEWALD

N° du greffe: 24363.

1996: 26 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Déconsidération de la justice — Admissibilité — Demande d'échantillon d'haleine non conforme au Code criminel et portant atteinte aux droits garantis à l'appellant par la Charte — Utilisation de la preuve obtenue à la suite de l'atteinte non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue à la suite d'une violation technique de la Charte — Utilisation de la preuve non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 704, 73 O.A.C. 287, 92 C.C.C. (3d) 160, 23 C.R.R. (2d) 128, 5 M.V.R. (3d) 224, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge McLean (1993), 48 M.V.R. (2d) 258. Pourvoi rejeté.

Irwin Koziobrocki, pour l'appellant.

Rick Libman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We agree with Arbour J.A. ((1994), 19 O.R. (3d) 704) that the delay in demanding an ALERT test in this case was not in compliance with s. 254(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as interpreted in this Court's decision in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254. As a result, there occurred a breach of the appellant's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In the circumstances, the case of *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183, has no application. With respect to s. 24(2), we are of the opinion that in all the circumstances, the admission of the evidence did not render the trial unfair. The breach of the *Charter* was technical and the police officer acted in good faith. The admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Irwin Koziobrocki, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Rick Libman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes d'accord avec le juge Arbour de la Cour d'appel ((1994), 19 O.R. (3d) 704) pour dire que le délai intervenu dans la demande de test ALERT en l'espèce n'était pas conforme au par. 254(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, selon l'interprétation que la Cour en a donnée dans *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254. En conséquence, il y a eu violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans les circonstances, l'arrêt *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183, ne s'applique pas. Pour ce qui est du par. 24(2) de la *Charte*, nous sommes d'avis que, compte tenu de toutes les circonstances, l'utilisation de la preuve n'a pas rendu le procès inéquitable. La violation de la *Charte* était de pure forme et le policier a agi de bonne foi. L'utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Irwin Koziobrocki, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

1

2

3

Stephen Edward Fitt *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

and between

Spyro Kouyas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: R. v. FITT; R. v. KOUYAS

File Nos.: 24628, 24513.

1996: January 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Expectation of privacy — Gambling devices seized by police in business establishment open to public — No infringement of accused's right to be secure against unreasonable search or seizure.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 96 C.C.C. (3d) 341, 38 C.R. (4th) 52, 139 N.S.R. (2d) 186, 397 A.P.R. 186, allowing the Crown's appeal from the appellant Fitt's acquittal on charges of keeping

Stephen Edward Fitt *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

et entre

Spyro Kouyas *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. FITT; R. c. KOUYAS

Nos du greffe: 24628, 24513.

1996: 29 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Attente en matière de vie privée — Dispositifs de jeu saisis par la police dans un établissement commercial ouvert au public — Aucune atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 96 C.C.C. (3d) 341, 38 C.R. (4th) 52, 139 N.S.R. (2d) 186, 397 A.P.R. 186, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'appelant Fitt relative-

gambling devices and keeping a common gaming house, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1994), 26 C.R.R. (2d) 354, 136 N.S.R. (2d) 195, 388 A.P.R. 195, allowing the Crown's appeal from the appellant Kouyas's acquittal on charges of keeping gambling devices and keeping a common gaming house, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Ralph W. Ripley, for the appellants.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and *Peter G. MacKay*, for the respondent.

Monique Rousseau and *Gilles Laporte*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — These appeals come to us as of right. The appeals are dismissed, substantially for the reasons given by Mr. Justice Hallett.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Ripley & MacCuish, Sydney.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the interveners: The Department of Justice, Ste-Foy.

ment à des accusations d'avoir gardé des dispositifs de jeu et d'avoir tenu une maison de jeu, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1994), 26 C.R.R. (2d) 354, 136 N.S.R. (2d) 195, 388 A.P.R. 195, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'appellant Kouyas relativement à des accusations d'avoir gardé des dispositifs de jeu et d'avoir tenu une maison de jeu, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Ralph W. Ripley, pour les appelants.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et *Peter G. MacKay*, pour l'intimée.

Monique Rousseau et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Les présents pourvois, qui nous ont été présentés de plein droit, sont rejetés, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Hallett.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Ripley & MacCuish, Sydney.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Norman Rolland Austin *Respondent*

INDEXED AS: R. v. AUSTIN

File No.: 24486.

1996: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Firearms — Mandatory prohibition order — Trial judge's imposition of ten-year firearms prohibition restored.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 94 C.C.C. (3d) 252, 36 C.R. (4th) 241, 50 B.C.A.C. 241, 82 W.A.C. 241, allowing the accused's appeal from the sentence imposed by Trueman Prov. Ct. J. Appeal allowed.

Wendy Rubin, for the appellant.

Christine Birnie, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Norman Rolland Austin *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. AUSTIN

N° du greffe: 24486.

1996: 31 janvier.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Armes à feu — Ordonnance d'interdiction obligatoire — Rétablissement de l'interdiction imposée par le juge du procès de posséder une arme à feu pour une période de dix ans.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 94 C.C.C. (3d) 252, 36 C.R. (4th) 241, 50 B.C.A.C. 241, 82 W.A.C. 241, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre la peine imposée par le juge Trueman de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Wendy Rubin, pour l'appelante.

Christine Birnie, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Pour les raisons exposées par le juge en chef McEachern, nous sommes tous d'avis d'accueillir le présent pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge du procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Wendy Rubin, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Christine Birnie, Telkwa (C.-B.).

1

LAMER C.J. — We are all of the view, for the reasons of Chief Justice McEachern, to allow this appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the trial judge's order.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Wendy Rubin, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Christine Birnie, Telkwa, B.C.

Helmut Swantje *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: SWANTJE v. CANADA

File No.: 24439.

1996: February 2.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Pension income — Whether taxpayer's German pension benefits to be included in calculating tax liability under Part I.2 of the Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 180.2 — Canada-Germany Tax Agreement Act, 1982, S.C. 1980-81-82-83, c. 156.

Statutes and Regulations Cited

Canada-Germany Tax Agreement Act, 1982, S.C. 1980-81-82-83, c. 156.

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)], s. 180.2 [en. 1990, c. 39, s. 48].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1994), 174 N.R. 224, [1994] 2 C.T.C. 382, 94 D.T.C. 6633, setting aside a judgment of the Tax Court of Canada, [1994] 1 C.T.C. 2559, 94 D.T.C. 1359. Appeal dismissed.

Paul A. Dancause, for the appellant.

Barbara A. Burns and *Patricia Babcock*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — We are all of the view that this appeal should be dismissed for the reasons of Marceau J.A. in the Federal Court of Appeal. We would add that in our opinion the provisions of the

Helmut Swantje *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SWANTJE c. CANADA

N° du greffe: 24439.

1996: 2 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Revenu de pension — Les prestations de pension allemande du contribuable doivent-elles être incluses dans le calcul de l'impôt à payer en vertu de la partie I.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 180.2 — Loi de 1982 sur l'Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts, S.C. 1980-81-82-83, ch. 156.

Lois et règlements cités

Loi de 1982 sur l'Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts, S.C. 1980-81-82-83, ch. 156.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)], art. 180.2 [ad. 1990, ch. 39, art. 48].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1994), 174 N.R. 224, [1994] 2 C.T.C. 382, 94 D.T.C. 6633, qui a annulé un jugement de la Cour canadienne de l'impôt, [1994] 1 C.T.C. 2559, 94 D.T.C. 1359. Pourvoi rejeté.

Paul A. Dancause, pour l'appelant.

Barbara A. Burns et *Patricia Babcock*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi doit être rejeté pour les motifs exposés par le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale. En outre, à notre avis, les disposi-

Canada-Germany Tax Agreement do not apply in these circumstances to prevent the operation of s. 180.2 of the *Income Tax Act*. Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Kevin J. Mullington and Paul A. Dancause, Ottawa.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Vancouver.

tions de l'Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts ne peuvent être utilisées dans les circonstances pour empêcher l'application de l'art. 180.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Kevin J. Mullington et Paul A. Dancause, Ottawa.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Vancouver.

**The National Parole Board and the Warden
of Kent Institution** *Appellants*

v.

Ian Ross Mooring *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and the
Attorney General of British
Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: MOORING v. CANADA (NATIONAL PAROLE
BOARD)

File No.: 24436.

1995: May 31; 1996: February 8.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion
of evidence — Jurisdiction — Parole — Parole Board
revoking accused's statutory release partly on basis of
evidence gathered in manner that may have been uncon-
stitutional — Whether Parole Board "court of compe-
tent jurisdiction" for purpose of excluding evidence
under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Free-
doms.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Court of
competent jurisdiction — National Parole Board —
Exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights
and Freedoms, s. 24.*

The respondent, who had been serving a term of imprisonment following convictions for robbery and other related offences, was released on mandatory supervision and obtained work as a roofer. When responding to a call reporting that two men had been seen attempting to break into a car, police officers found the respondent in his van with another man. They searched the van and found a stolen handgun as well as what could have been housebreaking equipment. The respondent was arrested and ultimately charged with

**La Commission nationale des libérations
conditionnelles et le directeur de
l'établissement de Kent** *Appelants*

c.

Ian Ross Mooring *Intimé*

et

**Le procureur général de l'Ontario et le
procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MOORING c. CANADA (COMMISSION
NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES)

N° du greffe: 24436

1995: 31 mai; 1996: 8 février.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclu-
sion d'éléments de preuve — Compétence — Libération
conditionnelle — Révocation de la libération d'office de
l'accusé par la Commission en partie sur la base d'élé-
ments de preuve recueillis d'une manière peut-être
inconstitutionnelle — La Commission est-elle un «tribun-
al compétent» pour écarter des éléments de preuve en
vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits
et libertés?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal
compétent — Commission nationale des libérations con-
ditionnelles — Exclusion d'éléments de preuve —
Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.*

L'intimé, qui purgeait une peine d'emprisonnement après avoir été déclaré coupable de vol qualifié et d'autres infractions connexes, a été mis en liberté surveillée et s'est trouvé du travail comme couvreur. Les policiers qui répondaient à un appel signalant que deux hommes avaient essayé d'entrer par effraction dans une voiture ont trouvé l'intimé dans sa fourgonnette en compagnie d'un autre homme. Ils ont fouillé le véhicule et ont trouvé une arme de poing volée ainsi que ce qui pouvait être du matériel de cambriolage. L'intimé a été

possession of housebreaking instruments, being the occupant of a motor vehicle containing a restricted weapon and possession of stolen property. When interviewed by a parole officer, he claimed that the tools and equipment found in the van were required for his profession as a roofer and that he was unaware that a gun was in the van. Following the interview the parole officer recommended that the respondent's statutory release be revoked. Proceedings on all charges against the respondent were later stayed, apparently because Crown counsel believed that the search of the van violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that evidence concerning the search would not be admissible in a trial. The Parole Board nevertheless revoked the respondent's statutory release, and the Appeal Division affirmed the Board's decision. The British Columbia Supreme Court dismissed the respondent's application for an order for relief in the nature of *habeas corpus* with *certiorari* in aid. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the respondent's appeal from that decision. According to the majority, the Board was a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24 of the *Charter*, with the ability to exclude evidence where such evidence was obtained by a *Charter* violation. The Board's decision was quashed and the respondent was released from custody.

Held (McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed on the ground that the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: A court or tribunal will only be a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24 of the *Charter* where it has jurisdiction over the parties, the subject matter, and the remedy sought. Even assuming that the Parole Board has jurisdiction over the parties and the subject matter, both its structure and function and the language of its constituting statute show that it is not empowered to make the order sought. The Board acts in neither a judicial nor a quasi-judicial manner. It does not hear and assess evidence, but instead acts on information. The Board acts in an inquisitorial capacity without contending parties. From a practical perspective, neither the Board itself nor the proceedings in which it engages have been designed to engage in the balancing of factors that s. 24(2) demands. In the Board's risk assessment function, the factors which predominate are those which concern the protection of

arrêté et a finalement été accusé de s'être trouvé dans un véhicule à moteur contenant une arme à autorisation restreinte et d'avoir eu en sa possession des instruments de cambriolage et des biens volés. En entrevue avec un agent de liberté conditionnelle, il a soutenu que les outils et le matériel trouvés dans la fourgonnette étaient nécessaires à l'exercice de son métier de couvreur et qu'il ignorait qu'une arme se trouvait dans le véhicule. À la suite de l'entrevue, l'agent de liberté conditionnelle a recommandé la révocation de la libération d'office de l'intimé. Les procédures à l'égard de toutes les accusations portées contre l'intimé ont plus tard été arrêtées, semble-t-il parce que le substitut du procureur général croyait que la fouille de la fourgonnette contrevenait à la *Charte canadienne des droits et libertés* et que les éléments de preuve en découlant ne seraient pas admissibles au procès. La Commission a quand même révoqué la libération d'office de l'intimé, et la Section d'appel a confirmé cette décision. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande présentée par l'intimé pour obtenir un redressement de la nature d'un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. La Cour d'appel a accueilli à la majorité l'appel interjeté par l'intimé contre cette décision. Selon les juges majoritaires, la Commission était un tribunal compétent au sens de l'art. 24 de la *Charte*, et elle pouvait écarter des éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte*. La décision de la Commission a été annulée et l'intimé a été libéré.

Arrêt (les juges McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli pour le motif que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'est pas un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Un tribunal judiciaire ou administratif ne constituera un «tribunal compétent» au sens de l'art. 24 de la *Charte* que s'il a compétence sur les parties, sur l'objet du litige et sur la réparation demandée. Même en supposant que la Commission ait compétence sur les parties et sur l'objet du litige, sa structure et sa fonction ainsi que le libellé de sa loi constitutive indiquent qu'elle n'est pas habilitée à rendre l'ordonnance demandée. La Commission n'agit pas de manière judiciaire ou quasi judiciaire. Elle n'entend et n'évalue aucun témoignage, et agit plutôt sur la foi de renseignements. Elle exerce des fonctions d'enquête sans la présence de parties opposées. D'un point de vue pratique, ni la Commission ni les procédures qu'elle engage n'ont été conçues pour procéder à l'évaluation de facteurs requise par le par. 24(2). Les facteurs prédominants de l'évaluation du risque faite par la Commission sont ceux qui concer-

society. In assessing the risk to society, the emphasis is on ensuring that all reliable information is considered provided it has not been obtained improperly. The language of the *Corrections and Conditional Release Act* also confers on the Board a broad inclusionary mandate. Not only is the Board not bound to apply the traditional rules of evidence, but it is required to take into account "all available information that is relevant to a case". As a result, the Parole Board lacks jurisdiction over the "remedy" within the meaning of this Court's decision in *Mills*. It follows that the Board is not a "court of competent jurisdiction" for the purposes of s. 24(2) of the *Charter*.

The law is well settled that statutory tribunals such as the Parole Board are bound by a duty of fairness in deciding upon the rights or privileges of individuals. The Board must ensure that the information upon which it acts is reliable and persuasive. While decisions of the courts on the admissibility of evidence, including admissibility under s. 24(2) of the *Charter*, are pertinent regarding the exclusion of relevant evidence, they are not binding on the Board. As a statutory tribunal, the Board is also subject to the dictates of s. 7 of the *Charter* and must comply with the principles of fundamental justice in the conduct of its proceedings. This does not mean, however, that it must possess or exercise a power to exclude evidence that has been obtained in a manner that contravenes the *Charter*. While the principles of fundamental justice are not limited to procedural justice, it does not follow that a tribunal that applies the rules of fairness and natural justice does not comply with s. 7.

Per Lamer C.J.: For the reasons given by Sopinka J., the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction for the purposes of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Contrary to the majority view in *Mills*, however, it can be assumed that the Court would now conclude that a preliminary inquiry judge is a court of competent jurisdiction for such purposes. The primary purpose of the preliminary inquiry, which is clearly spelled out in s. 548(1) of the *Criminal Code*, is to ensure that before an individual is placed on trial, the Crown has gathered sufficient evidence to establish a *prima facie* case. Since "sufficient evidence" means sufficient admissible evidence, by necessary implication the *Code* empowers a preliminary inquiry judge to apply the traditional rules of evidence and in some cases to exclude inadmissible evidence. Moreover, this role of

ment la protection de la société. Dans l'évaluation du risque pour la société, l'accent est mis sur l'examen de tous les renseignements sûrs disponibles, pourvu que ceux-ci n'aient pas été obtenus irrégulièrement. Le texte de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* confère aussi à la Commission un vaste mandat d'inclusion de renseignements. Non seulement elle n'est pas tenue d'appliquer les règles de preuve classiques, mais elle doit tenir compte de «toute l'information pertinente disponible». Par conséquent, la Commission n'a pas compétence à l'égard de la «réparation» au sens de la décision de la Cour dans l'arrêt *Mills*. Ce n'est donc pas un «tribunal compétent» aux fins du par. 24(2) de la *Charte*.

Il est bien établi en droit que les tribunaux d'origine législative comme la Commission sont tenus d'agir équitablement lorsqu'ils statuent sur les droits ou privilèges d'une personne. La Commission doit s'assurer que les renseignements sur lesquels elle se fonde pour agir sont sûrs et convaincants. Bien que les décisions des tribunaux judiciaires sur l'admissibilité de la preuve, y compris l'admissibilité sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*, soient applicables en ce qui a trait à l'exclusion d'éléments de preuve pertinents, elles n'ont pas force obligatoire pour la Commission. En tant que tribunal d'origine législative, la Commission est également assujettie aux impératifs de l'art. 7 de la *Charte* et elle doit respecter les principes de justice fondamentale en ce qui concerne la tenue de ses audiences. Cela ne veut toutefois pas dire qu'elle doit avoir ou exercer le pouvoir d'écarter des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui contreviennent à la *Charte*. Bien que les principes de justice fondamentale ne se limitent pas à la procédure, il ne s'ensuit pas qu'un tribunal administratif qui applique les règles d'équité et de justice naturelle ne se conforme pas à l'art. 7.

Le juge en chef Lamer: Pour les motifs exposés par le juge Sopinka, la Commission nationale des libérations conditionnelles n'est pas un tribunal compétent aux fins d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Toutefois, contrairement à l'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Mills*, on peut supposer que la Cour conclurait maintenant que le juge président une enquête préliminaire est un tribunal compétent à ces fins. La fin première de l'enquête préliminaire, qui est énoncée clairement au par. 548(1) du *Code criminel*, est de permettre au ministère public de recueillir suffisamment d'éléments pour établir une preuve *prima facie*, avant qu'un individu soit envoyé à son procès. Comme les mots «preuve suffisante» s'entendent des éléments de preuve admissibles suffisants, il s'ensuit nécessairement que le *Code* habilite le juge président une enquête

the preliminary inquiry judge is clearly spelled out by s. 542(1) of the *Code* in the context of confessions.

Per La Forest J.: Sopinka J.'s reasons were agreed with. This case is not in any way inconsistent with the decision of the majority in *Mills*.

Per McLachlin and Major JJ. (dissenting): The purpose of s. 24 of the *Charter* is to ensure that *Charter* rights and guarantees are respected by providing a just and appropriate remedy for *Charter* breaches. The section is to be interpreted in such a way that there will always be a court of competent jurisdiction to award such relief where there is a final determination of the rights and duties of the citizen. There are a number of practical advantages to allowing administrative tribunals to decide constitutional issues in spite of the lack of formal evidentiary rules and legal training of tribunal members. The primary advantage is to ensure that a citizen can rely on *Charter* guarantees when the tribunal is in a position to determine the rights of that citizen. Further, the *Charter* issue can be dealt with in the context in which it arises without necessitating duplicate, expensive and time-consuming application to a court. A specialized tribunal in reaching its decision sifts the facts and compiles a record for the benefit of a reviewing court. The expertise and specialized competence of the tribunal can also be of invaluable assistance in constitutional interpretation. These practical advantages should not apply with any less force to a tribunal granting a remedy under s. 24 than to a tribunal declining to enforce a constitutionally invalid statutory provision.

An administrative tribunal can be a "court of competent jurisdiction" where the enabling statute grants jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought. It is clear that the Board has jurisdiction over the party and the subject matter. The remedy to be considered under the third stage of the test is the specific remedy the applicant seeks under the *Charter* for the breach of a *Charter* right, which in this case is the exclusion of evidence. The legislation governing the Board confers the jurisdiction to grant this remedy, since it contemplates that the Board must exclude from its consideration any information which is irrelevant or unreliable. The fact that the Board meets the three

préliminaire à appliquer les règles de preuve classiques et, dans certains cas, à écarter des éléments de preuve inadmissibles. En outre, ce rôle du juge président une enquête préliminaire est clairement énoncé au par. 542(1) du *Code* dans le contexte des confessions.

Le juge La Forest: L'opinion du juge Sopinka est acceptée. La présente affaire n'est d'aucune façon incompatible avec la décision de la majorité dans l'arrêt *Mills*.

Les juges McLachlin et Major (dissidents): L'article 24 de la *Charte* vise à assurer le respect des droits et des garanties qu'elle énonce en prévoyant l'octroi d'une réparation convenable et juste en cas de violation. Il doit être interprété de façon qu'il existe toujours un tribunal compétent pour accorder une telle réparation lorsqu'une décision définitive est rendue au sujet des droits ou des devoirs d'un citoyen. Même si les tribunaux administratifs ne disposent pas de règles de preuve formelles et que leurs membres n'ont pas de formation juridique, il existe des avantages pratiques à leur permettre de statuer sur des questions constitutionnelles. Le principal avantage réside dans l'assurance qu'ont les citoyens de pouvoir invoquer les garanties prévues par la *Charte* quand le tribunal est habilité à se prononcer sur leurs droits. En outre, les questions relevant de la *Charte* peuvent être examinées dans le contexte où elles se posent, ce qui évite les frais et les délais de la présentation d'une deuxième demande, devant un tribunal judiciaire. Pour rendre leur décision, les tribunaux spécialisés font le tri des faits et établissent un dossier pour le bénéfice d'un tribunal d'appel, sans compter que leur expertise et leur compétence spécialisée peuvent s'avérer d'une aide inestimable dans l'interprétation constitutionnelle. Ces avantages pratiques ne devraient pas avoir moins de force lorsqu'un tribunal administratif accorde une réparation sous le régime de l'art. 24 que lorsqu'il refuse de donner effet à une disposition législative inconstitutionnelle.

Un tribunal administratif peut être un «tribunal compétent» lorsque sa loi habilitante lui donne compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation demandée. Il est incontestable que la Commission a compétence sur la partie et sur l'objet du litige. La réparation qu'il faut envisager dans le cadre du troisième volet du critère est la réparation particulière demandée sous le régime de la *Charte* en raison d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, en l'espèce, l'exclusion d'éléments de preuve. La loi régissant la Commission lui confère le pouvoir d'octroyer cette réparation, puisqu'elle prévoit qu'elle doit exclure de son examen tout renseignement qui n'est pas pertinent ou qui n'est pas

requirements of the test is sufficient to establish that it is a court of competent jurisdiction under s. 24 of the *Charter*. The governing statute also contemplates that *Charter* principles should be applied, as it requires the Board to observe the principles of fundamental justice in making its decision. Finally, policy considerations militate in favour of recognizing this body as a court of competent jurisdiction to grant a just and appropriate *Charter* remedy. The test of bringing the administration of justice into disrepute in s. 24(2) is flexible and designed to allow specific exclusionary principles to be developed in the particular context in which the evidence is being received. This limited basis for exclusion protects the right of a parolee to rely upon the constitutional guarantees and obtain an effective remedy while also providing an appropriate contextualization to the particular role of the Parole Board, whose paramount concern is public safety.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972); *Grimsley v. Dodson*, 696 F.2d 303 (1982); *United States v. Winsett*, 518 F.2d 51 (1975); *Pratt v. United States Parole Commission*, 717 F.Supp. 382 (1989); *United States ex rel. Sperling v. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (1970); *United States v. Bazzano*, 712 F.2d 826 (1983); *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

By Lamer C.J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297.

sûr. Le fait que la Commission satisfait aux trois exigences du critère suffit à établir qu'elle est un tribunal compétent pour accorder une réparation sous le régime de l'art. 24 de la *Charte*. La loi habilitante prévoit également que les principes de la *Charte* s'appliquent, puisqu'elle exige que la Commission observe les principes de justice fondamentale dans l'exercice de son pouvoir décisionnel. Enfin, des considérations de principe militent en faveur de la reconnaissance de cet organisme comme tribunal compétent aux fins de l'octroi d'une réparation convenable et juste sous le régime de la *Charte*. Le critère de la déconsidération de l'administration de la justice prévu au par. 24(2) est souple et vise l'élaboration de principes d'exclusion particuliers applicables dans le contexte où les éléments de preuve sont reçus. Ce fondement restreint de l'exclusion protège le droit d'un détenu en liberté conditionnelle d'invoquer les garanties constitutionnelles et d'obtenir une réparation efficace tout en plaçant le rôle de la Commission, dont la préoccupation première est la sécurité publique, dans le contexte qui lui convient.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Morrissey c. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972); *Grimsley c. Dodson*, 696 F.2d 303 (1982); *United States c. Winsett*, 518 F.2d 51 (1975); *Pratt c. United States Parole Commission*, 717 F.Supp. 382 (1989); *United States ex rel. Sperling c. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (1970); *United States c. Bazzano*, 712 F.2d 826 (1983); *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297.

By La Forest J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

By Major J. (dissenting)

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; *Douglas/Kwanilen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *R. v. Garrett*, [1907] 1 K.B. 881; *Re Nash and the Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Re United Nurses of Alberta, Local 115 and Foothills Provincial General Hospital Board* (1987), 40 D.L.R. (4th) 163; *R. v. Toker* (1984), 11 D.L.R. (4th) 456; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, rev'g (1982), 67 C.C.C. (2d) 252; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *United States ex rel. Sperling v. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (1970); *United States v. Winsett*, 518 F.2d 51 (1975); *United States v. Workman*, 585 F.2d 1205 (1978); *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1), (2).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 4(g), 100, 101, 107(1), 147(1), 151(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 542(1), 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 101].
Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2 [rep. 1992, c. 20, s. 213].
Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5 [rep. 1992, c. 20, s. 214].

Authors Cited

Chambers English Dictionary, 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
 Cole, David P., and Allan Manson. *Release From Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1990.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Citée par le juge Major (dissident)

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *Douglas/Kwanilen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *R. c. Garrett*, [1907] 1 K.B. 881; *Re Nash and the Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Re United Nurses of Alberta, Local 115 and Foothills Provincial General Hospital Board* (1987), 40 D.L.R. (4th) 163; *R. c. Toker* (1984), 11 D.L.R. (4th) 456; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, inf. (1982), 67 C.C.C. (2d) 252; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Elkins c. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *United States ex rel. Sperling c. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (1970); *United States c. Winsett*, 518 F.2d 51 (1975); *United States c. Workman*, 585 F.2d 1205 (1978); *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1), (2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 542(1), 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 101].
Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2 [abr. 1992, ch. 20, art. 213].
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 4g), 100, 101, 107(1), 147(1), 151(2).
Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), ch. P-5 [abr. 1992, ch. 20, art. 214].

Doctrine citée

Chambers English Dictionary, 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
 Cole, David P., and Allan Manson. *Release From Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1990.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 93 C.C.C. (3d) 415, 50 B.C.A.C. 255, 82 W.A.C. 255, 24 C.R.R. (2d) 329, 35 C.R. (4th) 92, reversing a decision of Brenner J. (1993), 82 C.C.C. (3d) 289, 16 C.R.R. (2d) 332, 16 Admin. L.R. (2d) 315, dismissing the respondent's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal allowed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

S. David Frankel, Q.C., and *Sandra E. Weafer*, for the appellants.

Jeffrey R. Ray and *John Conroy*, for the respondent.

Hart Schwartz and *Dianne Dougall*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Kevin E. Gillese, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues and agree with my brother Sopinka J. in both his result and the reasoning he employs to reach the conclusion that the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction for the purposes of excluding evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I wish, however, to add short concurring reasons to express my view concerning the implications of both Justice Sopinka's and Justice Major's reasons in this case for the majority view expressed in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that a preliminary inquiry judge is not competent to exclude evidence under s. 24(2).

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 93 C.C.C. (3d) 415, 50 B.C.A.C. 255, 82 W.A.C. 255, 24 C.R.R. (2d) 329, 35 C.R. (4th) 92, qui a infirmé une décision du juge Brenner (1993), 82 C.C.C. (3d) 289, 16 C.R.R. (2d) 332, 16 Admin. L.R. (2d) 315, qui avait rejeté la demande de l'intimé visant l'obtention d'un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Pourvoi accueilli, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

S. David Frankel, c.r., et *Sandra E. Weafer*, pour les appelants.

Jeffrey R. Ray et *John Conroy*, pour l'intimé.

Hart Schwartz et *Dianne Dougall*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kevin E. Gillese, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues et je suis d'accord avec le juge Sopinka quant au résultat et aussi quant au raisonnement qu'il suit pour arriver à la conclusion que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'est pas un tribunal compétent aux fins d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Je voudrais toutefois ajouter de brefs motifs concordants afin d'exprimer mon avis sur les répercussions que les motifs tant du juge Sopinka que du juge Major auraient en ce qui concerne l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, selon laquelle le juge présidant une enquête préliminaire n'est pas habilité à écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2).

3 Major J. concludes in his reasons that the National Parole Board is a court of competent jurisdiction because it has jurisdiction not only over the parties and the subject matter but also over the remedy. He reaches this latter conclusion, as he must do under the *Mills* test, principally because of his interpretation of the legislation governing the procedures before the Parole Board. On this remedial jurisdiction point, Major J. writes (at para. 76):

The remedy to be considered under the third stage of the *Mills* test is the specific remedy which the applicant seeks under the *Charter* for the breach of a *Charter* right. However, the question to be determined is not whether the legislation grants the jurisdiction to direct this remedy under the *Charter* but rather simply whether it grants the jurisdiction to grant this sort of remedy. [Emphasis in original.]

Major J. answers this question in the affirmative on the basis of his finding that “[t]he statutory requirement that the Board must exclude from its consideration information which is irrelevant or unreliable establishes that the Board has jurisdiction to exclude evidence” (para. 85).

4 On the other hand, Sopinka J. concludes that the National Parole Board does not meet the third branch of the *Mills* test because it is not empowered by its enabling legislation to make the kind of order sought by the respondent. He does so in part because he finds that the Parole Board does not have the function or structure of a court, but primarily because he finds that it is not given any power by statute to apply exclusionary rules of evidence or even apply the traditional rules of evidence in the making of its original decision to grant parole or later in its decision, if called upon, to revoke or modify parole conditions.

5 Therefore, Sopinka and Major JJ. agree on the analytical approach to be applied only to differ on

Dans ses motifs, le juge Major conclut que la Commission nationale des libérations conditionnelles est un tribunal compétent parce qu’elle a compétence non seulement sur les parties et sur l’objet du litige mais également sur la réparation demandée. Il arrive à cette dernière conclusion, comme il doit le faire en vertu du critère énoncé dans l’arrêt *Mills*, en raison principalement de l’interprétation qu’il donne des dispositions législatives régissant la procédure suivie devant la Commission. Sur cette question de la compétence à l’égard de la réparation demandée, le juge Major dit (au par. 76):

La réparation qu’il faut envisager dans le cadre du troisième volet du critère de l’arrêt *Mills* est la réparation particulière demandée sous le régime de la *Charte* en raison d’une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Il ne s’agit pas toutefois de se demander si la loi permet au tribunal d’accorder réparation sous le régime de la *Charte*, mais bien de déterminer si elle l’habilite à accorder ce type de réparation. [Souligné dans l’original.]

Il répond à cette question par l’affirmative en se fondant sur sa conclusion selon laquelle «[l]’obligation légale faite à la Commission de ne pas tenir compte des renseignements qui ne sont pas pertinents ou pas sûrs implique qu’elle a compétence pour écarter des éléments de preuve» (para. 85).

Par ailleurs, le juge Sopinka conclut que la Commission nationale des libérations conditionnelles ne satisfait pas au troisième volet du critère de l’arrêt *Mills* parce qu’elle n’est pas habilitée par sa loi constitutive à rendre le genre d’ordonnance que demande l’intimé. Il le fait en partie parce qu’il estime que la Commission n’a pas la fonction ou la structure d’une cour de justice, mais principalement parce qu’il estime que la loi ne donne à la Commission aucun pouvoir d’appliquer des règles d’exclusion en matière de preuve ou même d’appliquer les règles de preuve classiques pour rendre sa décision initiale d’accorder la libération conditionnelle ou, par la suite dans sa décision, le cas échéant, de révoquer ou de modifier les conditions de la libération.

Par conséquent, les juges Sopinka et Major sont d’accord au sujet de la méthode analytique à appli-

the conclusion reached by the application of that approach. It is important to point out that their framework is entirely consistent with my reasons in *Mills* and with recent decisions in this Court concerning the s. 24 status of labour arbitrators. In both *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, and *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967, this Court was obviously satisfied that the granting of damages was part of the arsenal of remedies that the enabling statute empowered the decision makers in those cases to grant and therefore they were a court of competent jurisdiction to grant damages for the purposes of s. 24(1).

What I wish to highlight is that applying the reasoning of both Sopinka and Major JJ. in this case to the majority view in *Mills* concerning the constitutional status of a preliminary inquiry judge leads one inexorably, as a matter of principle and logic, to reach a different conclusion than that reached by McIntyre J. in *Mills*. In *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, this Court held that the powers of a preliminary inquiry judge are only those conferred either expressly by statute or by necessary implication. The primary purpose of the preliminary inquiry is to ensure that before an individual is placed on trial, the Crown has gathered sufficient evidence to establish a *prima facie* case. This purpose is clearly spelled out in s. 548(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, Justice Ritchie, for the majority at p. 1080, held that "sufficient evidence" means sufficient admissible evidence. Consequently, by necessary implication of s. 548(1), the *Code* empowers a preliminary inquiry judge to apply the traditional rules of evidence and in some cases to exclude inadmissible evidence in the determination of the sufficiency calculus. Moreover, this role of the preliminary inquiry judge is clearly spelled out by s. 542(1) of the *Code* in the context of confessions. Section 542(1) states that "[n]othing in this Act prevents a prosecutor giving in evidence at a preliminary inquiry any admission, confession or statement made at any time by

quer, mais divergent d'opinions sur la conclusion découlant de l'application de cette méthode. Il est important de signaler que leur cadre est tout à fait conforme aux motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Mills* et aux arrêts rendus récemment par notre Cour relativement au statut des arbitres en relations du travail dans le contexte de l'art. 24. Dans les deux arrêts *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, notre Cour était manifestement convaincue que l'attribution de dommages-intérêts faisait partie de la gamme de réparations que les instances décisionnelles en cause pouvaient accorder en vertu de leur loi habilitante et qu'elles étaient donc un tribunal compétent pour accorder des dommages-intérêts aux fins du par. 24(1).

Je voudrais mettre en évidence que le fait d'appliquer le raisonnement suivi en l'espèce par les juges Sopinka et Major à l'opinion exprimée à la majorité dans l'arrêt *Mills* au sujet du statut constitutionnel du juge président une enquête préliminaire nous amène inexorablement, sur le plan des principes et de la logique, à tirer une conclusion différente de celle que le juge McIntyre a tirée dans l'arrêt *Mills*. Dans *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, notre Cour a statué que le juge président une enquête préliminaire possède seulement les pouvoirs qui lui sont conférés soit expressément par la loi soit par implication nécessaire. L'enquête préliminaire vise principalement à permettre au ministère public de recueillir suffisamment d'éléments pour établir une preuve *prima facie*, avant qu'un individu soit envoyé à son procès. Cette fin est clairement énoncée au par. 548(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie a conclu au nom de la majorité, à la p. 1080, que l'expression «preuve suffisante» désigne les éléments de preuve admissibles suffisants. Par déduction nécessaire du par. 548(1), le *Code* habilite donc le juge président une enquête préliminaire à appliquer les règles de preuve classiques et, dans certains cas, à écarter des éléments de preuve inadmissibles lorsqu'il détermine si la preuve est suffisante. En outre, ce rôle du juge président une enquête préliminaire est clairement énoncé au par. 542(1) du *Code* dans le

the accused that by law is admissible against him” (emphasis added). See *R. v. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.). Consequently, even after *Mills*, trial judges continued to have the jurisdiction, under the common law, to exclude confessions where they were satisfied that a reasonable doubt existed as to their voluntariness.

contexte des confessions. Ce paragraphe dispose que «[l]a présente loi n’a pas pour effet d’empêcher un poursuivant de fournir en preuve, à une enquête préliminaire, tout aveu, confession ou déclaration fait à quelque moment que ce soit par le prévenu et qui, d’après la loi, est admissible contre lui» (je souligne). Voir *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297 (C.A. Ont.). Par conséquent, même après l’arrêt *Mills*, les juges des procès ont continué d’avoir compétence, en vertu de la common law, pour écarter les confessions lorsqu’ils étaient convaincus qu’il existait un doute raisonnable quant à leur caractère volontaire.

7 Therefore, in light of ss. 542(1) and 548(1) of the *Criminal Code* and in light of the reasoning employed in this case by both Sopinka and Major JJ., I feel justified in assuming that given, to paraphrase Sopinka J., “the structure and function” of a preliminary inquiry court and “the language” of the *Code*, we now are reaching the conclusion that a preliminary inquiry judge is a court of competent jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Par conséquent, compte tenu des par. 542(1) et 548(1) du *Code criminel* et du raisonnement suivi en l’espèce par les juges Sopinka et Major, je m’estime justifié de supposer qu’étant donné, pour paraphraser le juge Sopinka, «la structure et la fonction» d’un tribunal procédant à une enquête préliminaire et «le libellé» du *Code*, nous arrivons maintenant à la conclusion que le juge président une enquête préliminaire est un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

8 LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues. I agree with Justice Sopinka. I simply want to add that, with due respect for the views of the Chief Justice, I do not think this case is in any way inconsistent with the decision of the majority in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

LE JUGE LA FOREST — J’ai eu l’avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues et je souscris à ceux du juge Sopinka. Je voudrais simplement ajouter que, en toute déférence pour l’opinion du Juge en chef, je ne crois pas que la présente affaire soit de quelque façon incompatible avec la décision de la majorité dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

The judgment of L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

9 SOPINKA J. — This appeal concerns the National Parole Board’s decision to revoke the respondent’s parole based in part on evidence gathered in a manner that may have violated the respondent’s constitutional rights. Specifically, the Court must determine whether or not the Board is a “court of competent jurisdiction” for the purpose of making an order excluding evidence under s. 24(2) of the

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles de révoquer la libération conditionnelle de l’intimé, qui reposait en partie sur des éléments de preuve recueillis d’une manière qui peut avoir porté atteinte aux droits constitutionnels de ce dernier. La Cour doit déterminer plus précisément si la Commission est un

Canadian Charter of Rights and Freedoms. If the Board is not a court of competent jurisdiction, the Court must determine what practice the Board should follow when faced with information that has been gathered in a manner that would be excluded by a court of competent jurisdiction.

I. Facts

In 1985, the respondent was sentenced to a term of imprisonment totalling nine years, four months and five days, following convictions for robbery and other related offences. On November 14, 1991, the respondent was released on mandatory supervision (now called statutory release). The respondent subsequently obtained work as a roofer.

On July 21, 1992, the New Westminster Police Department received a call reporting that two men had been seen attempting to break into a car. Police officers responded to the call and found the respondent in his van with another man. The officers searched the van and found a stolen handgun as well as what could have been housebreaking equipment.

The respondent was arrested and charged with possession of housebreaking instruments and possession of a restricted weapon. The charges were subsequently amended to possession of housebreaking instruments, being the occupant of a motor vehicle containing a restricted weapon and possession of stolen property.

On July 30, 1992, the respondent was interviewed by a parole officer. During that interview, the respondent claimed that the tools and equipment found in the van were required for his profession as a roofer. The respondent also claimed that he was unaware that a gun was in the van. Following the interview, the parole officer recommended that the respondent's statutory release be revoked.

«tribunal compétent» pour rendre une ordonnance écartant des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si la Commission n'est pas un tribunal compétent, la Cour doit déterminer quelle procédure la Commission devrait suivre lorsqu'on lui soumet des renseignements obtenus d'une façon qui entraînerait leur exclusion par un tribunal compétent.

I. Les faits

En 1985, l'intimé a été condamné à une peine d'emprisonnement de neuf ans, quatre mois et cinq jours, en tout, après avoir été déclaré coupable de vol qualifié et d'autres infractions connexes. Le 14 novembre 1991, il a été mis en liberté surveillée (maintenant appelée «libération d'office») et s'est, par la suite, trouvé du travail comme couvreur.

Le 21 juillet 1992, le service de police de New Westminster a reçu un appel signalant que l'on avait vu deux hommes essayer d'entrer par effraction dans une voiture. Les policiers qui ont répondu à l'appel ont trouvé l'intimé dans sa fourgonnette en compagnie d'un autre homme. En fouillant le véhicule, ils ont trouvé une arme de poing volée ainsi que ce qui pouvait être du matériel de cambriolage.

L'intimé a été arrêté et accusé de possession d'outils de cambriolage et de possession d'une arme à autorisation restreinte. L'acte d'accusation a par la suite été modifié, et l'intimé a été accusé d'avoir eu en sa possession des instruments de cambriolage et des biens volés, et de s'être trouvé dans un véhicule à moteur contenant une arme à autorisation restreinte.

Le 30 juillet 1992, l'intimé a eu une entrevue avec un agent de liberté conditionnelle, au cours de laquelle il a soutenu que les outils et le matériel trouvés dans la fourgonnette étaient nécessaires à l'exercice de son métier de couvreur. Il a également prétendu qu'il ignorait qu'une arme se trouvait dans le véhicule. À la suite de l'entrevue, l'agent de liberté conditionnelle a recommandé la révocation de la libération d'office de l'intimé.

10

11

12

13

- 14 On August 31, 1992, counsel for the Attorney General directed a stay of proceedings on all charges against the respondent. The respondent later claimed that his counsel had informed him that Crown counsel believed that the search of the van violated the *Charter*, and that evidence concerning the search would not be admissible in a trial.
- Le 31 août 1992, le substitut du procureur général a ordonné un arrêt des procédures à l'égard de toutes les accusations portées contre l'intimé. Ce dernier a plus tard affirmé avoir appris de son avocat que le substitut du procureur général croyait que la fouille de la fourgonnette contrevenait à la *Charte* et que les éléments de preuve en découlant ne seraient pas admissibles au procès.
- 15 On September 4, 1992, the area manager of the parole office recommended to the National Parole Board that it cancel the suspension of the respondent's statutory release on the basis that the charges had been stayed. A post-suspension hearing was held by the Board. As a result of that hearing, the Board revoked the respondent's statutory release.
- Le 4 septembre 1992, le chef de secteur du bureau de libération conditionnelle a recommandé à la Commission nationale des libérations conditionnelles d'annuler la suspension de la libération d'office de l'intimé en raison de l'arrêt des procédures relatives aux accusations. La Commission a tenu une audience postsuspension à l'issue de laquelle elle a révoqué la libération d'office de l'intimé.
- 16 The respondent applied to the Appeal Division of the Board, a procedure conducted entirely in writing. The Appeal Division subsequently affirmed the Board's original decision. The respondent applied to the Supreme Court of British Columbia for an order for relief in the nature of *habeas corpus* with *certiorari* in aid.
- L'intimé a présenté une demande à la Section d'appel de la Commission, procédure entièrement écrite. La Section d'appel a, par la suite, confirmé la décision initiale de la Commission. L'intimé s'est adressé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue d'obtenir un redressement de la nature d'un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire.
- 17 Brenner J. of the Supreme Court of British Columbia dismissed the respondent's application: (1993), 82 C.C.C. (3d) 289, 16 C.R.R. (2d) 332, 16 Admin. L.R. (2d) 315. In his view, the issue before the Court was "whether, on the facts of this case, the reliance on this evidence at the Board hearing would bring the administration of justice into disrepute contrary to s. 24(2) of the Charter" (p. 291 C.C.C.). Brenner J. concluded that since the evidence was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, it was properly considered by the Board.
- Le juge Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de l'intimé: (1993), 82 C.C.C. (3d) 289, 16 C.R.R. (2d) 332, 16 Admin. L.R. (2d) 315. Selon lui, la cour devait déterminer si [TRADUCTION] «d'après les faits de la présente affaire, le fait de s'en remettre à ces éléments de preuve, à l'audience de la Commission, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la Charte» (p. 291 C.C.C.). Le juge Brenner a conclu que, puisque ces éléments de preuve constituaient une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, la Commission les avait examinés à bon droit.
- 18 The respondent appealed to the Court of Appeal for British Columbia, where his appeal was allowed by a majority: (1994), 93 C.C.C. (3d) 415, 24 C.R.R. (2d) 329, 50 B.C.A.C. 255, 82 W.A.C. 255, 35 C.R. (4th) 92. According to the majority, the Parole Board was a court of competent juris-
- L'intimé a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, où son appel a été accueilli par la cour à la majorité: (1994), 93 C.C.C. (3d) 415, 24 C.R.R. (2d) 329, 50 B.C.A.C. 255, 82 W.A.C. 255, 35 C.R. (4th) 92. Selon les juges majoritaires, la Commission était un tribunal

diction within the meaning of s. 24 of the *Charter*, with the ability to exclude evidence where such evidence was obtained by a *Charter* violation. Taggart J.A. dissented, concluding that the statutory mandate of the Board did not make it a court of competent jurisdiction. In the result, the Board's decision was quashed and the respondent was released from custody.

II. Relevant Statutory Provisions

In the midst of the proceedings with which the present appeal is concerned, the statutory framework governing the granting of parole was substantially changed. On November 1, 1992, the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, and the *Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2, were repealed and the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, came into force. Mandatory supervision became statutory release. Any procedure started under the *Parole Act* was to be continued under the *Corrections and Conditional Release Act*. The applicable sections of the current Act, therefore, provide as follows:

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20

100. The purpose of conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens.

101. The principles that shall guide the Board and the provincial parole boards in achieving the purpose of conditional release are

(a) that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case;

(b) that parole boards take into consideration all available information that is relevant to a case, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge, any other information from the trial or the sentencing hearing, information and assessments

compétent, au sens de l'art. 24 de la *Charte*, qui pouvait écarter des éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte*. Le juge Taggart, dissident, a conclu que le mandat confié à la Commission par le législateur n'en faisait pas un tribunal compétent. En définitive, la décision de la Commission a été annulée et l'intimé a été libéré.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Le cadre législatif régissant la libération conditionnelle a été modifié sensiblement pendant les procédures: le 1^{er} novembre 1992, la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), ch. P-5, et la *Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2, ont été abrogées et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, est entrée en vigueur. La liberté surveillée est devenue la libération d'office. Toute procédure engagée sous le régime de la *Loi sur la libération conditionnelle* devait se poursuivre sous celui de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Les dispositions applicables de la loi actuelle sont donc les suivantes:

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20

100. La mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois.

101. La Commission et les commissions provinciales sont guidées dans l'exécution de leur mandat par les principes qui suivent:

a) la protection de la société est le critère déterminant dans tous les cas;

b) elles doivent tenir compte de toute l'information pertinente disponible, notamment les motifs et les recommandations du juge qui a infligé la peine, les renseignements disponibles lors du procès ou de la détermination de la peine, ceux qui ont été obtenus

provided by correctional authorities, and information obtained from victims and the offender;

. . .

(f) that offenders be provided with relevant information, reasons for decisions and access to the review of decisions in order to ensure a fair and understandable conditional release process.

. . .

107. (1) Subject to this Act, the *Prisons and Reformatories Act*, the *Transfer of Offenders Act* and the *Criminal Code*, the Board has exclusive jurisdiction and absolute discretion

(a) to grant parole to an offender;

(b) to terminate or to revoke the parole or statutory release of an offender, whether or not the offender is in custody under a warrant of apprehension issued as a result of the suspension of the parole or statutory release;

(c) to cancel a decision to grant parole to an offender, or to cancel the suspension, termination or revocation of the parole or statutory release of an offender;

. . .

147. (1) An offender may appeal a decision of the Board to the Appeal Division on the ground that the Board, in making its decision,

(a) failed to observe a principle of fundamental justice;

(b) made an error of law;

(c) breached or failed to apply a policy adopted pursuant to subsection 151(2);

(d) based its decision on erroneous or incomplete information; or

(e) acted without jurisdiction or beyond its jurisdiction, or failed to exercise its jurisdiction.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

des victimes et des délinquants, ainsi que les renseignements et évaluations fournis par les autorités correctionnelles;

. . .

f) de manière à assurer l'équité et la clarté du processus, les autorités doivent donner aux délinquants les motifs des décisions, ainsi que tous autres renseignements pertinents, et la possibilité de les faire réviser.

. . .

107. (1) Sous réserve de la présente loi, de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, de la *Loi sur le transfèrement des délinquants* et du *Code criminel*, la Commission a toute compétence et latitude pour:

a) accorder une libération conditionnelle;

b) mettre fin à la libération conditionnelle ou d'office, ou la révoquer que le délinquant soit ou non sous garde en exécution d'un mandat d'arrêt délivré à la suite de la suspension de sa libération conditionnelle ou d'office;

c) annuler l'octroi de la libération conditionnelle ou la suspension, la cessation ou la révocation de la libération conditionnelle ou d'office;

. . .

147. (1) Le délinquant visé par une décision de la Commission peut interjeter appel auprès de la Section d'appel pour l'un ou plusieurs des motifs suivants:

a) la Commission a violé un principe de justice fondamentale;

b) elle a commis une erreur de droit en rendant sa décision;

c) elle a contrevenu aux directives établies aux termes du paragraphe 151(2) ou ne les a pas appliquées;

d) elle a fondé sa décision sur des renseignements erronés ou incomplets;

e) elle a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou omis de l'exercer.

Charte canadienne des droits et libertés

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Issues

The primary issue raised on this appeal is whether or not the National Parole Board is a "court of competent jurisdiction" for the purpose of making an order excluding relevant evidence under s. 24(2) of the *Charter*. If the Board is not a court of competent jurisdiction, a secondary issue arises, namely, what practice the Board should follow when faced with evidence gathered in circumstances which could violate an applicant's *Charter* rights.

IV. Analysis

A. *Is the National Parole Board a "Court of Competent Jurisdiction"?*

In my view, the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24 of the *Charter*. I have arrived at this conclusion based on a review of previous decisions of this Court, as well as on an examination of the basic structure and function of the Parole Board.

Previous decisions of this Court have considered the definition of the phrase "court of competent jurisdiction" in s. 24 of the *Charter*. In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, for example, the Court was faced with the issue of whether or not a preliminary inquiry judge was a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24. Although Lamer J. (as he then was) disagreed with the majority on the final disposition of that case, a majority of the Court accepted Lamer J.'s definition of a "court of competent jurisdiction" (at p. 890):

A court of competent jurisdiction in an extant case is a court that has jurisdiction over the person, the subject

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Les questions en litige

La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Commission nationale des libérations conditionnelles est un «tribunal compétent» pour rendre une ordonnance écartant des éléments de preuve pertinents en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Si la Commission n'est pas un tribunal compétent, se pose alors la question secondaire de savoir quelle procédure elle devrait suivre lorsqu'on lui soumet des éléments de preuve recueillis dans des circonstances susceptibles de violer les droits garantis à un requérant par la *Charte*.

IV. Analyse

A. *La Commission nationale des libérations conditionnelles est-elle un «tribunal compétent»?*

L'examen d'arrêts antérieurs de notre Cour ainsi que de la structure et de la fonction fondamentales de la Commission nationale des libérations conditionnelles m'amène à conclure que cette dernière n'est pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24 de la *Charte*.

Notre Cour a déjà examiné la définition de l'expression «tribunal compétent» employée à l'art. 24 de la *Charte*. Par exemple, dans l'affaire *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, la Cour devait décider si le juge président une enquête préliminaire était un tribunal compétent au sens de l'art. 24. Bien que le juge Lamer (maintenant Juge en chef) ait été dissident quant à la décision finale rendue dans cette affaire, la définition de «tribunal compétent» qu'il a formulée a été acceptée par la Cour à la majorité (à la p. 890):

un tribunal compétent dans une affaire est le tribunal compétent *ratione personae* et *ratione materiae* et qui a,

20

21

22

matter and has, under the criminal or penal law, jurisdiction to grant the remedy;

Subsequent decisions of this Court have reaffirmed the three-tiered test of *Mills*: see for example *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. In each case it was held that a court or tribunal will only be a “court of competent jurisdiction” where the body in question has jurisdiction over the parties, the subject matter, and the remedy sought by the complainant.

23

Most recently, this Court applied the three-tiered test of *Mills* in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929. Writing for a majority of the Court, McLachlin J. made the following observations (at pp. 962-63):

It is thus Parliament or the Legislature that determines if a court is a court of competent jurisdiction; as McIntyre J. puts it [in *Mills*], the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by Parliament and the Legislatures, not by judges. Nor is there magic in labels; it is not the name of the tribunal that determines the matter, but its powers. (It may be noted that the French version of s. 24(1) uses “tribunal” rather than “cour”.) The practical import of fitting *Charter* remedies into the existing system of tribunals, as McIntyre J. notes, is that litigants have “direct” access to *Charter* remedies in the tribunal charged with deciding their case.

It follows from *Mills* that statutory tribunals created by Parliament or the Legislatures may be courts of competent jurisdiction to grant *Charter* remedies, provided they have jurisdiction over the parties and the subject matter of the dispute and are empowered to make the orders sought. [Emphasis added.]

Clearly then, decisions of this Court have established that jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy are necessary conditions for a statutory tribunal to be considered a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24.

en droit criminel ou pénal, compétence pour accorder la réparation;

Des décisions subséquentes de notre Cour ont confirmé de nouveau le critère à trois volets de l'arrêt *Mills*: voir, par exemple, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Dans chaque cas, la Cour a conclu qu'un tribunal judiciaire ou administratif ne constituera un «tribunal compétent» que s'il a compétence sur les parties, sur l'objet du litige et sur la réparation demandée par le plaignant.

Plus récemment, notre Cour a appliqué le critère à trois volets de l'arrêt *Mills* dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929. Le juge McLachlin formule les observations suivantes au nom de la Cour à la majorité (aux pp. 962 et 963):

C'est donc le Parlement ou la législature qui détermine si un tribunal est compétent; ainsi que l'a affirmé le juge McIntyre [dans l'arrêt *Mills*], la compétence des divers tribunaux canadiens est fixée par les législatures et par le Parlement et non par les juges. Ni d'ailleurs n'y a-t-il quoi que ce soit de magique dans le titre du tribunal; ce n'est pas le nom qu'il porte qui tranche la question, mais bien les pouvoirs qu'il possède. (Le texte français du par. 24(1), on l'aura noté, utilise «tribunal» et non «cour»). En pratique, le fait d'insérer les réparations fondées sur la *Charte* dans le système existant de tribunaux administratifs, ainsi que le juge McIntyre l'a souligné, a pour effet d'accorder aux plaideurs un accès «direct» aux réparations prévues par la *Charte* auprès du tribunal chargé de résoudre leur cas.

Il découle de l'arrêt *Mills* que les tribunaux d'origine législative créés par le Parlement ou les législatures peuvent être compétents pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*, pour autant qu'ils ont compétence à l'égard des parties et de l'objet du litige et qu'ils sont habilités à rendre les ordonnances demandées. [Je souligne.]

Il est donc clair que notre Cour a établi dans sa jurisprudence que, pour qu'un tribunal d'origine législative soit considéré comme un tribunal compétent au sens de l'art. 24, il doit avoir compétence sur les parties, sur l'objet du litige et sur la réparation demandée.

Even assuming that the Parole Board has jurisdiction over the parties and the subject matter, I am satisfied, on the basis of (i) the structure and function of the Board, and (ii) the language of the Board's constituting statute, that it is not empowered to make the order sought.

The Parole Board acts in neither a judicial nor a quasi-judicial manner: *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, at p. 593. The elements of a parole hearing are described by David Cole and Allan Manson in *Release From Imprisonment* (1990). The authors point out that several elements of the hearing distinguish Parole Board proceedings from those which take place before a traditional court. For example, counsel appearing before the Parole Board serve an extremely limited function. According to Cole and Manson (at p. 428):

Although counsel is present as an advocate, since the hearing is inquisitorial there is no one against whom counsel can act as an adversary. Indeed, counsel should recall throughout that as far as the Board is concerned, the only occasion on which he may speak, as outlined in the Regulation, is at the end of the hearing when he is given an opportunity to address the Board on behalf of the client.

In addition, the traditional rules of proof and evidence do not apply in post-suspension proceedings before the Board. As Cole and Manson point out (at p. 431):

While the Board will consider legal defences or mitigating circumstances where a new charge has been laid, in the post-suspension hearing context Board members do not regard themselves as constrained by the formal rules of the criminal law respecting the admissibility of evidence, the presumption of innocence, or the necessity for proof beyond a reasonable doubt.

Other differences between parole hearings and more traditional court proceedings include (1) the Board lacks the power to issue subpoenas, (2) "evidence" is not presented under oath, and (3) the panel presiding over the hearing may have no legal training.

Même en supposant que la Commission ait compétence sur les parties et sur l'objet du litige, je suis convaincu, en me fondant sur (i) la structure et la fonction de la Commission et (ii) le libellé de sa loi constitutive, qu'elle n'est pas habilitée à rendre l'ordonnance demandée.

La Commission n'agit pas de manière judiciaire ou quasi judiciaire: *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, à la p. 593. David Cole et Allan Manson décrivent les éléments de l'audience de libération conditionnelle dans *Release From Imprisonment* (1990). Ils font remarquer que les audiences de la Commission diffèrent sur plusieurs points de celles qui se déroulent devant les tribunaux classiques. Par exemple, le rôle de l'avocat qui comparait devant la Commission est extrêmement limité. Selon Cole et Manson (à la p. 428):

[TRADUCTION] Bien qu'il puisse assister à l'audience en qualité de défenseur, l'avocat ne fait face à aucun adversaire puisque l'audience se tient à des fins d'enquête. En fait, les avocats ne doivent jamais perdre de vue qu'en ce qui concerne la Commission ils ne peuvent prendre la parole qu'à un seul moment, savoir à la fin de l'audience où, suivant le Règlement, ils peuvent s'adresser à la Commission au nom de leur client.

De plus, les règles classiques de la preuve ne s'appliquent pas aux audiences postsuspension tenues devant la Commission. Comme le soulignent Cole et Manson (à la p. 431):

[TRADUCTION] Même si la Commission tient compte des moyens de défense prévus par la loi ou des circonstances atténuantes lorsqu'une nouvelle accusation est portée, dans le contexte d'une audience postsuspension, les membres de la Commission ne s'estiment pas tenus de suivre les règles formalistes du droit criminel relativement à l'admissibilité de la preuve, à la présomption d'innocence ou à la nécessité d'une preuve hors de tout doute raisonnable.

Il existe d'autres différences entre les audiences de libération conditionnelle et les procédures judiciaires plus classiques, notamment (1) la Commission n'a pas le pouvoir de délivrer des assignations à comparaître, (2) la «preuve» n'est pas présentée sous serment et (3) il se peut que les membres de la formation saisie d'une affaire n'aient aucune formation juridique.

26

In the decision currently under review, the Appeal Division of the Board described its function in the following terms:

The function of the Board at a post-suspension review is quite distinct from that of the courts. The Board must decide whether the risk to society of [the respondent's] continued conditional release is undue. In making that determination, the Board will review all information available to it, including any information indicating a return to criminal activity in the community. This applies whether or not the charges in court have been withdrawn, stayed or dismissed.

Clearly then, the Parole Board does not hear and assess evidence, but instead acts on information. The Parole Board acts in an inquisitorial capacity without contending parties — the state's interests are not represented by counsel, and the parolee is not faced with a formal "case to meet". From a practical perspective, neither the Board itself nor the proceedings in which it engages have been designed to engage in the balancing of factors that s. 24(2) demands.

27

In the risk assessment function of the Board, the factors which predominate are those which concern the protection of society. The protection of the accused to ensure a fair trial and maintain the repute of the administration of justice which weighs so heavily in the application of s. 24(2) is overborne by the overriding societal interest. In assessing the risk to society, the emphasis is on ensuring that all reliable information is considered provided it has not been obtained improperly. As stated by Dickson J., as he then was, in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 414, in relation to sentencing proceedings:

One of the hardest tasks confronting a trial judge is sentencing. The stakes are high for society and for the individual. Sentencing is the critical stage of the criminal justice system, and it is manifest that the judge should not be denied an opportunity to obtain relevant information by the imposition of all the restrictive evi-

En l'espèce, la Section d'appel de la Commission décrit ainsi sa fonction:

[TRADUCTION] Lorsqu'elle procède à un examen postsuspension, la Commission exerce une fonction fort différente de celle des tribunaux judiciaires. Elle doit déterminer si le fait de garder [l'intimé] en liberté conditionnelle fait courir un risque indu à la société. Pour prendre cette décision, la Commission examine tous les renseignements dont elle dispose, dont toute information indiquant que l'intimé a repris ses activités criminelles. Cela s'applique peu importe que des accusations devant les tribunaux aient été retirées, suspendues ou rejetées.

Il est donc clair que la Commission n'entend et n'évalue aucun témoignage, et qu'elle agit plutôt sur la foi de renseignements. Elle exerce des fonctions d'enquête sans la présence de parties opposées: il n'y a pas d'avocat pour défendre les intérêts de l'État, et le détenu en liberté conditionnelle n'a pas de «preuve à réfuter» comme telle. D'un point de vue pratique, ni la Commission ni les procédures qu'elle engage n'ont été conçues pour procéder à l'évaluation de facteurs requise par le par. 24(2).

Les facteurs prédominants que la Commission doit prendre en considération dans son évaluation du risque sont ceux qui concernent la protection de la société. L'intérêt primordial de la société l'emporte sur la protection de l'accusé visant à assurer la tenue d'un procès équitable et à préserver la considération dont jouit l'administration de la justice, laquelle protection joue un rôle si important dans l'application du par. 24(2). Dans l'évaluation du risque pour la société, l'accent est mis sur l'examen de tous les renseignements sûrs disponibles, pourvu que ceux-ci n'aient pas été obtenus irrégulièrement. Comme l'affirme le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 414, relativement aux procédures de détermination de la peine:

Une des tâches les plus difficiles que le juge du procès doit remplir est la détermination de la sentence. Les enjeux sont importants pour l'individu et la société. La détermination de la sentence constitue une étape décisive du système de justice pénale et il est manifeste qu'on ne doit pas enlever au juge la possibilité d'obtenir

dential rules common to a trial. Yet the obtaining and weighing of such evidence should be fair. A substantial liberty interest of the offender is involved and the information obtained should be accurate and reliable.

These principles apply *a fortiori* to proceedings before the Parole Board in which the subject has already been tried, convicted and sentenced. As stated by the Supreme Court of the United States in *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972), at p. 489:

We emphasize there is no thought to equate this second stage of parole revocation to a criminal prosecution in any sense. It is a narrow inquiry; the process should be flexible enough to consider evidence including letters, affidavits, and other material that would not be admissible in an adversary criminal trial.

Like the basic structure and function of the Parole Board, the language of the Board's enabling statute makes it clear that the Board lacks the ability or jurisdiction to exclude relevant evidence. The language of the *Corrections and Conditional Release Act* confers on the Board a broad inclusionary mandate. Not only is it not bound to apply the traditional rules of evidence, but it is required to take into account "all available information that is relevant to a case". No mention is made of any power to apply exclusionary rules of evidence. Indeed, such a provision would conflict with its duty to consider "all available information that is relevant".

I conclude from the foregoing that the Board does not have jurisdiction over the remedy sought. It is not, therefore, a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24 of the *Charter*.

I am supported in this conclusion by the decisions of the United States circuit courts. The U.S. Supreme Court has not specifically dealt with the

des renseignements pertinents en imposant toutes les restrictions des règles de preuve applicables à un procès. D'autre part, il faut que le rassemblement et l'évaluation de ces éléments de preuve soient justes. La liberté de l'accusé en dépend largement et il faut que les renseignements fournis soient exacts et sûrs.

Ces principes s'appliquent à plus forte raison aux procédures devant la Commission, où la personne visée a déjà subi son procès, a été déclarée coupable et s'est vu infliger une peine. Comme l'affirme la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Morrissey c. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972), à la p. 489:

[TRADUCTION] Nous insistons sur le fait qu'il n'est pas question d'assimiler de quelque façon à des poursuites criminelles cette deuxième étape de la révocation de la libération conditionnelle. Il s'agit d'une enquête restreinte dont le processus devrait être assez souple pour permettre l'examen d'éléments de preuve, dont des lettres, des affidavits et d'autres documents qui ne seraient pas admissibles dans un procès criminel accusatoire.

Il ressort tant de la structure et de la fonction fondamentales de la Commission que du libellé de sa loi habilitante qu'elle n'a ni l'aptitude ni la compétence pour écarter des éléments de preuve pertinents. Le texte de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* confère à la Commission un vaste mandat d'inclusion de renseignements. Non seulement elle n'est pas tenue d'appliquer les règles de preuve classiques, mais elle doit tenir compte de «toute l'information pertinente disponible». Il n'est fait mention d'aucun pouvoir d'appliquer des règles d'exclusion en matière de preuve. En fait, une telle disposition entrerait en conflit avec son obligation de prendre en considération «toute l'information pertinente disponible».

Je conclus de ce qui précède que la Commission n'a pas compétence à l'égard de la réparation demandée. Ce n'est donc pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24 de la *Charte*.

Ma conclusion sur ce point est étayée par les décisions de cours de circuit américaines. La Cour suprême des États-Unis n'a pas expressément

28

29

30

31

applicability of the exclusionary rule to parole proceedings, although the logical extension of the statement in *Morrissey* to which I refer above would suggest that the rule does not apply. The issue has been dealt with by ten of the federal circuit courts. Except for the Fourth Circuit, all have held the rule inapplicable. In the Fourth Circuit, which is the exception, the Court of Appeals refused to apply the exclusionary rule in state probation proceedings. See *Grimsley v. Dodson*, 696 F.2d 303 (1982). One circuit, the Second Circuit, admits of an exception in the case of warrantless searches.

32

In *United States v. Winsett*, 518 F.2d 51 (9th Cir. 1975), it was held that a board's mandate to consider "all reliable evidence" was inconsistent with allowing the board to exclude relevant evidence. The statement in *Pratt v. United States Parole Commission*, 717 F.Supp. 382 (E.D.N.C. 1989) is typical of the reasoning in these cases (at p. 387):

... this parole revocation proceeding is a far cry from a full blown criminal prosecution. Constitutional protections vindicated by the exclusionary rule do not apply with full force in the minimum due process environment of the parole revocation hearing. Societal costs thought worthy of paying for the operation [of] the rule have already been exacted. Nothing is served by exacting that full measure of costs a second time. The very special needs of supervision... would be sacrificed if parole authorities were prohibited from weighing the full extent of petitioner's conduct by reason of the exclusionary rule. The parole revocation decision must meet the preponderance of proof standard... after those tenets of minimum due process have been followed. Nowhere does the beyond-a-reasonable-doubt burden apply. The right to a trial by jury does not apply. The parolee does not even enjoy the right to a judicial decision maker. Neither, in my view, does a parolee have the right to insist on strict adherence to fourth amendment standards. And, for the reasons set out above, in my view the exclusionary rule does not apply either.

statué sur l'applicabilité de la règle d'exclusion aux procédures de libération conditionnelle quoique, poussé à sa conclusion logique, l'extrait précité de l'arrêt *Morrissey* laisserait entendre qu'elle ne s'applique pas. Dix des cours de circuit fédérales ont examiné cette question. Sauf en ce qui concerne le Fourth Circuit, elles ont toutes jugé la règle inapplicable. Dans le Fourth Circuit qui est l'exception, la Court of Appeals a refusé d'appliquer la règle d'exclusion dans des procédures de probation relevant d'un État. Voir *Grimsley c. Dodson*, 696 F.2d 303 (1982). Dans le Second Circuit, on reconnaît l'existence d'une exception dans le cas des perquisitions sans mandat.

Dans l'affaire *United States c. Winsett*, 518 F.2d 51 (9th Cir. 1975), par exemple, on a jugé que le fait d'autoriser une commission à écarter des éléments de preuve pertinents était incompatible avec son mandat d'examiner [TRADUCTION] «tous les renseignements sûrs». L'extrait suivant de l'arrêt *Pratt c. United States Parole Commission*, 717 F.Supp. 382 (E.D.N.C. 1989), illustre bien le raisonnement tenu dans ces cas (à la p. 387):

[TRADUCTION] ... cette procédure de révocation de libération conditionnelle est loin de correspondre à des poursuites criminelles complètes. Dans le contexte de l'application régulière minimale de la loi qui caractérise les audiences de révocation de libération conditionnelle, les garanties constitutionnelles que la règle d'exclusion vise à protéger ne s'appliquent pas intégralement. Les coûts sociaux considérés comme justifiés pour appliquer la règle ont déjà été payés; les acquitter une deuxième fois ne servirait à rien. Les besoins de supervision très particuliers [...] seraient sacrifiés s'il était interdit aux autorités chargées des libérations conditionnelles d'évaluer au complet la conduite d'un requérant en raison de la règle d'exclusion. La décision de révoquer la libération conditionnelle doit satisfaire à la norme de la prépondérance de la preuve [...] une fois observés les principes d'application régulière minimale de la loi. La norme de la preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique dans aucun cas. Le droit à un procès devant jury ne s'applique pas. La personne en liberté conditionnelle ne jouit même pas du droit à ce que la décision soit prise par un juge et n'a pas non plus le droit d'insister sur la stricte observance des normes du Quatrième amendement. Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis que la règle d'exclusion ne s'applique pas non plus.

See also *United States ex rel. Sperling v. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (2d Cir. 1970), and *United States v. Bazzano*, 712 F.2d 826 (3d Cir. 1983). In each case, the courts have held that policy considerations favour denying parole or probation boards the authority to exclude relevant information. In my view, many of these policy considerations are equally relevant in the Canadian context. As a result, I conclude that the Parole Board is not a court of competent jurisdiction for the purposes of excluding relevant evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

B. Procedures Where Evidence is Gathered Improperly

Having found that the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24 of the *Charter*, it remains to be determined what procedures the Board must follow when faced with evidence that has been gathered in a manner violating the rights of the parolee.

The law is well settled that statutory tribunals such as the Parole Board are bound by a duty of fairness in deciding upon the rights or privileges of individuals. For example, in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, it was held that a prison director was required to act fairly in determining whether or not to segregate a prisoner from the rest of the prison population. Writing for a unanimous Court, Le Dain J. held (at p. 653) that:

This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board (No. 2)*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

Clearly, the Parole Board's decision to revoke a parolee's conditional release has a profound effect

Voir également *United States ex rel. Sperling c. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (2d Cir. 1970), et *United States c. Bazzano*, 712 F.2d 826 (3d Cir. 1983). Dans chaque cas, le tribunal a jugé que, pour des considérations de principe, il vaut mieux refuser à des commissions de libération conditionnelle ou de probation le pouvoir d'écarter des renseignements pertinents. Selon moi, un bon nombre de ces considérations de principe sont également pertinentes dans le contexte canadien. Je suis donc d'avis que la Commission n'est pas un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve pertinents en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

B. Procédure à suivre lorsque des éléments de preuve ont été obtenus irrégulièrement

Puisque j'ai conclu que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'est pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24 de la *Charte*, il me reste à déterminer la procédure que celle-ci doit suivre lorsqu'elle est saisie d'éléments de preuve obtenus d'une manière portant atteinte aux droits de la personne en liberté conditionnelle.

Il est bien établi en droit que les tribunaux d'origine législative comme la Commission sont tenus d'agir équitablement lorsqu'ils statuent sur les droits ou privilèges d'une personne. Par exemple, dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, notre Cour a statué que le directeur d'une prison était tenu d'agir équitablement en déterminant s'il convenait de placer un détenu en ségrégation. S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Le Dain affirme ceci, à la p. 653:

Cette Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (N° 2)*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

De toute évidence, la décision de la Commission de révoquer la mise en liberté conditionnelle d'une

33

34

on the rights of the parolee. The Board's decision will conclusively determine whether the applicant is released into the community or retained in the confines of a prison or penitentiary. As a result, in making that decision to grant or revoke parole, the Board is required to act fairly.

35 The duty of the Parole Board to act fairly can also be found in the Board's constituting statute, the *Corrections and Conditional Release Act*. For example, s. 4(g) of that Act provides that all correctional decisions must be "made in a forthright and fair manner, with access by the offender to an effective grievance procedure". Similarly, s. 101(f) of the Act provides that the Parole Board must pursue a "fair and understandable conditional release process". Finally, s. 147(1)(a) of the Act provides that an appeal of the Board's decision lies in all cases where the Board "failed to observe a principle of fundamental justice". Clearly, these provisions impose upon the Board a duty to act in accordance with the principles of fairness.

36 What is the content of the Board's "duty to act fairly"? The content of the duty of fairness varies according to the structure and the function of the board or tribunal in question. In the parole context, the Parole Board must ensure that the information upon which it acts is reliable and persuasive. To take an extreme example, information extracted by torture could not be considered reliable by the Board. It would be manifestly unfair for the Board to act on this kind of information. As a result, the Board would be under a duty to exclude such information, whether or not the information was relevant to the decision. Wherever information or "evidence" is presented to the Board, the Board must make a determination concerning the source of that information, and decide whether or not it would be fair to allow the information to affect the Board's decision.

37 In determining whether or not it would be fair to consider a particular piece of information, the Board will often be guided by decisions of the courts regarding the exclusion of relevant

personne a un effet important sur les droits de cette dernière. Cette décision détermine de manière péremptoire si le requérant retournera dans la société ou s'il demeurera incarcéré dans une prison ou un pénitencier. La Commission se doit donc d'agir équitablement lorsqu'elle décide d'accorder ou de révoquer la libération conditionnelle.

L'obligation d'agir équitablement qui incombe à la Commission est également exprimée dans sa loi constitutive, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. L'alinéa 4g) de cette loi prévoit, par exemple, que les décisions rendues en matière correctionnelle «doivent être claires et équitables, les délinquants ayant accès à des mécanismes de règlement de griefs». De même, l'al. 101f) de la Loi prévoit que la Commission doit agir de manière à assurer «l'équité et la clarté du processus». Enfin, l'al. 147(1)a) de la Loi prévoit que la décision de la Commission peut faire l'objet d'un appel dans tous les cas où la Commission «a violé un principe de justice fondamentale». Ces dispositions imposent manifestement à la Commission l'obligation d'agir conformément aux principes d'équité.

En quoi consiste «l'obligation d'agir équitablement» qui incombe à la Commission? Le contenu de cette obligation varie selon la structure et la fonction de la commission ou du tribunal administratif en cause. En matière de libération conditionnelle, la Commission doit s'assurer que les renseignements sur lesquels elle se fonde pour agir sont sûrs et convaincants. Pour prendre un cas extrême, la Commission ne pourrait pas considérer comme sûrs des renseignements obtenus par la torture, et il serait inéquitable qu'elle agisse sur la foi de tels renseignements. Il lui incomberait donc de les écarter, quelle que soit leur pertinence relativement à la décision à prendre. Chaque fois que des renseignements ou des «éléments de preuve» lui sont soumis, la Commission doit en déterminer la provenance et décider s'il serait équitable qu'elle s'en serve pour prendre sa décision.

Pour déterminer s'il serait équitable de prendre en considération un renseignement donné, la Commission sera souvent guidée par la jurisprudence en matière d'exclusion d'éléments de preuve

evidence. For instance, where incriminating statements are obtained from the offender, the law of confessions based on an admixture of reliability and fairness will be pertinent although not binding. The Board may, in appropriate circumstances, conclude that reliance on a coerced confession is unfair. Decisions concerning s. 24(2) of the *Charter* will also be relevant to the Board's final decision. However, cases decided under s. 24(2) should not be determinative of the Board's decision to exclude relevant information based on the principles of fairness. Obviously, different considerations will often apply in the parole context. For example, s. 101(a) of the *Corrections and Conditional Release Act* requires "that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case". This will accordingly be a guiding principle where the Board is required to rule on the admissibility of a particular piece of information. The Board's expertise and experience concerning the protection of society will aid the Board in arriving at a decision. Should the Board fail to abide by the principles of fairness in making those decisions, an appeal lies to the Appeal Division under s. 147(1)(a) of the *Corrections and Conditional Release Act*. The Board's decision is also subject to judicial review.

As a statutory tribunal, the Board is also subject to the dictates of s. 7 of the *Charter*. In this regard, it must comply with the principles of fundamental justice in respect to the conduct of its proceedings. This does not mean that it must possess or exercise a power to exclude evidence that has been obtained in a manner that contravenes the *Charter*. If this were so, it would tend to make the inclusion of s. 24(2) of the *Charter* superfluous. While the principles of fundamental justice are not limited to procedural justice, it does not follow that a tribunal that applies the rules of fairness and natural justice does not comply with s. 7. If the myriad of statutory tribunals that have traditionally been obliged to accord nothing more than procedural fairness were obliged to comply with the full gamut of

pertinents. Par exemple, lorsque des déclarations incriminantes sont obtenues du contrevenant, le droit régissant les confessions, qui est fondé sur un mélange de fiabilité et d'équité, sera pertinent tout en n'ayant pas force obligatoire. La Commission peut, dans des circonstances appropriées, conclure qu'il n'est pas équitable de se fier à un aveu obtenu sous la contrainte. Les décisions relatives au par. 24(2) de la *Charte* lui seront également utiles pour prendre sa décision finale. Cependant, elles ne devraient pas être déterminantes quant à sa décision de se fonder sur les principes d'équité pour écarter des renseignements pertinents. Il est évident que des considérations différentes s'appliquent souvent dans le contexte des libérations conditionnelles. Par exemple, l'al. 101(a) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* prévoit que «la protection de la société est le critère déterminant dans tous les cas». Ce principe guidera donc la Commission lorsque celle-ci sera appelée à se prononcer sur l'admissibilité d'un renseignement donné. L'expérience et l'expertise acquises par la Commission en matière de protection de la société l'aideront à tirer sa conclusion. Dans l'hypothèse où la Commission manquerait aux principes d'équité en rendant ces décisions, il serait possible d'interjeter appel devant la Section d'appel en vertu de l'al. 147(1)(a) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Les décisions de la Commission peuvent aussi faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

En tant que tribunal d'origine législative, la Commission est également assujettie aux impératifs de l'art. 7 de la *Charte*. À cet égard, elle doit respecter les principes de justice fondamentale en ce qui concerne la tenue de ses audiences. Cela ne veut pas dire qu'elle doit avoir ou exercer le pouvoir d'écarter des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui contreviennent à la *Charte*. S'il en était ainsi, cela tendrait à rendre superflue l'inclusion du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que les principes de justice fondamentale ne se limitent pas à la justice en matière de procédure, il ne s'ensuit pas qu'un tribunal qui applique les règles d'équité et de justice naturelle ne se conforme pas à l'art. 7. Si le grand nombre de tribunaux d'origine législative qui traditionnellement ont été

principles of fundamental justice, the administrative landscape in the country would undergo a fundamental change. The statement in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, to the effect that the principles of fundamental justice involve more than natural justice meant that the Court was empowered in appropriate circumstances to invalidate substantive law and was not limited to judicial review of the procedural practices of a statutory body.

39 It is a basic tenet of our legal system that the rules of natural justice and procedural fairness are adjusted by reference to the context in which they are administered. This is one of the basic tenets of our legal system to which Lamer J. referred in *Re B.C. Motor Vehicle Act* as the source of the principles of fundamental justice. In my opinion, adherence by the Board to the practice and procedures outlined above constitutes full compliance with the principles of fundamental justice and, therefore, with s. 7 of the *Charter*.

C. Dispositif

40 I would allow this appeal on the ground that the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction. I would accordingly set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal. Ordinarily, I would remit the respondent's case to the Parole Board, to be dealt with in accordance with these reasons. However, since the respondent's sentence has already expired, the Parole Board is *functus officio*.

The reasons of McLachlin and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

41 This appeal raises a narrow issue not yet determined by this Court. Specifically, the appeal asks

obligés de se conformer à l'équité procédurale, sans plus, étaient tenus de respecter toute la gamme des principes de justice fondamentale, l'aspect général de la justice administrative au pays subirait un changement fondamental. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, l'affirmation selon laquelle les principes de justice fondamentale visent davantage que la justice naturelle signifiait que la Cour était habilitée dans des circonstances appropriées à invalider une règle de droit substantiel et n'était pas limitée au contrôle judiciaire des règles de procédure que suit un organisme d'origine législative.

Selon un précepte fondamental de notre système juridique, les règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale s'ajustent en fonction du contexte dans lequel elles sont appliquées. Il s'agit là d'un des préceptes fondamentaux de notre système juridique dont le juge Lamer fait mention dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* comme source des principes de justice fondamentale. J'estime que l'adhésion de la Commission à la méthode et aux procédures susmentionnées respecte pleinement les principes de justice fondamentale et, par conséquent, l'art. 7 de la *Charte*.

C. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi pour le motif que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'est pas un tribunal compétent. J'annulerais donc l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La procédure usuelle serait de renvoyer le cas de l'intimé à la Commission pour qu'elle rende une décision conforme aux présents motifs. Toutefois, étant donné que la peine de l'intimé a déjà pris fin, la Commission est dessaisie de ses pouvoirs.

Version française des motifs des juges McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève une question précise sur laquelle notre Cour n'a pas encore statué. Il

whether the National Parole Board is a “court of competent jurisdiction” for the purpose of determining whether to exclude evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when conducting parole hearings pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. The Court must decide whether the National Parole Board, in determining or revoking parole eligibility, has the jurisdiction to exclude from its consideration evidence obtained in an unconstitutional manner where it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of that evidence would bring the administration of justice into disrepute.

I have read the reasons of my colleague Justice Sopinka which set out the facts and statutory provisions relevant to this appeal. With respect, I do not agree with his conclusion that the National Parole Board lacks the jurisdiction under s. 24(2) to exclude evidence which has been obtained in a manner that infringes *Charter* rights. Nor do I agree that more than a decade after the introduction of the *Charter*, the application of the common law doctrine of procedural fairness by the Parole Board is sufficient to protect the constitutional rights of parolees.

In my view, the National Parole Board is a “court of competent jurisdiction” within the meaning of s. 24 of the *Charter*. I have reached this conclusion based on an examination of the previous decisions of this Court, the statutory provisions which govern the Parole Board and the application of basic *Charter* principles.

As a “court of competent jurisdiction” for the purposes of granting an exclusionary remedy under s. 24(2), the National Parole Board can determine whether to exclude from its consideration information which was obtained in contravention of *Charter* rights where the admission of such evidence would bring the administration of justice into dis-

s’agit, plus précisément, de déterminer si, dans le cadre d’une audience en matière de libération conditionnelle tenue en application de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, la Commission nationale des libérations conditionnelles (la «Commission») est un «tribunal compétent» pour déterminer s’il y a lieu d’écarter ou non des éléments de preuve sous le régime du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour doit déterminer si la Commission a compétence, lorsqu’elle statue sur l’admissibilité à la libération conditionnelle ou qu’elle révoque une libération, pour écarter les éléments de preuve obtenus en violation de la Constitution, s’il est établi, eu égard à toutes les circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

J’ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka, où sont exposés les faits et les dispositions législatives pertinentes. En toute déférence, je ne partage pas sa conclusion selon laquelle la Commission n’a pas compétence pour écarter, conformément au par. 24(2), des éléments de preuve obtenus d’une manière qui porte atteinte à des droits reconnus par la *Charte*. Je ne puis concevoir, non plus, que plus d’une décennie après l’entrée en vigueur de la *Charte*, l’application par la Commission de la théorie de l’équité procédurale reconnue en common law puisse être suffisante pour protéger les droits constitutionnels des détenus en liberté conditionnelle.

L’examen des décisions antérieures de notre Cour et des dispositions législatives régissant la Commission ainsi que l’application des principes fondamentaux de la *Charte* m’amènent à conclure que la Commission est un «tribunal compétent» au sens de l’art. 24 de la *Charte*.

La Commission est un «tribunal compétent» qui peut, pour les fins de l’octroi de la réparation prévue au par. 24(2), prononcer l’exclusion de renseignements obtenus en violation de droits garantis par la *Charte* lorsque l’utilisation de ces éléments est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Le détenu visé par une audience visant à

42

43

44

repute. As a result, in a parole determination or revocation hearing, the parolee has a direct opportunity to raise a breach of *Charter* rights and to seek an effective remedy.

45 The National Parole Board has the jurisdiction and the responsibility to consider whether a breach of *Charter* rights has occurred according to the legal tests established in the jurisprudence of this Court for determining violations of these rights.

46 The National Parole Board must then determine, under s. 24(2), whether the admission of the evidence in a parole granting or revocation hearing would bring the administration of justice into disrepute. In the context of the National Parole Board, the administration of justice means the administration of the parole process.

47 Although the National Parole Board has the jurisdiction to exclude evidence, it also has a mandate to admit a broad range of evidence in keeping with its paramount goal of protecting the public from recidivist offenders. In light of its legislated mandate, it will be an unusual case where the National Parole Board will exclude evidence under the s. 24(2) test of bringing the administration of the parole process into disrepute.

II. Analysis

A. *The Case Law*

48 The first case which considered the phrase "court of competent jurisdiction" in the context of s. 24 of the *Charter* is *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. In that case, the Court was unanimous in concluding that a preliminary inquiry judge is not a court of competent jurisdiction for the purposes of issuing the remedy of a stay under s. 24(1) of the *Charter* where there was an alleged breach of the accused's right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(b).

49 The Court was also unanimous that the trial judge would be a court of competent jurisdiction

décider de l'octroi ou de la révocation de la libération conditionnelle a donc une occasion directe de plaider la violation de droits garantis par la *Charte* et de demander une réparation efficace.

La Commission a compétence pour se prononcer sur l'existence d'une atteinte aux droits garantis par la *Charte* en appliquant les critères juridiques établis par les arrêts de notre Cour, et elle a le devoir de le faire.

Elle doit donc déterminer, sous le régime du par. 24(2), si l'utilisation d'éléments de preuve au cours d'une audience visant à décider de l'octroi ou de la révocation de la libération conditionnelle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans le cas de la Commission, l'administration de la justice signifie l'administration du processus de libération conditionnelle.

Même si elle a compétence pour écarter des éléments de preuve, la Commission a également le mandat d'en recevoir un large éventail en rapport avec l'exécution de sa fonction primordiale: la protection du public contre les récidivistes. Compte tenu du mandat que la loi lui confère, il arrivera rarement que la Commission doive écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) parce que leur utilisation est susceptible de déconsidérer le processus de libération conditionnelle.

II. Analyse

A. *La jurisprudence*

Le premier arrêt où ont été examinés les mots «tribunal compétent» dans le contexte de l'art. 24 de la *Charte* est *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Dans cette affaire où l'accusé faisait valoir que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable, conformément à l'al. 11b), avait été enfreint, la Cour a unanimement conclu qu'un juge président une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent pour prononcer un arrêt des procédures à titre de réparation sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*.

La Cour a également statué à l'unanimité que le tribunal de première instance constituerait un

for this purpose. Lamer J. (as he then was) proposed (Dickson C.J. and Wilson J. concurring) that a s. 11(b) violation could be finally determined in a pre-trial hearing by a judge of the court where the trial would be heard. The majority of the seven-member panel rejected this view on the grounds that the procedural provisions of the *Criminal Code* did not contemplate this sort of interlocutory application and that the *Charter* rights of the accused were not prejudiced by waiting until trial for a final determination. La Forest J. concurring with the majority noted at p. 971:

It should be obvious from the foregoing remarks that I am sympathetic to the view that *Charter* remedies should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. I do not believe s. 24 of the *Charter* requires the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice.

Although Lamer J. was in dissent on the availability of a pre-trial remedy for some *Charter* violations, his reasons in *Mills* have been substantially approved and adopted. Of particular relevance to this appeal, McIntyre J. for the majority of the Court accepted Lamer J.'s definition of a "court of competent jurisdiction" as one which is granted by its constituent legislation power over the person, the subject matter and the remedy.

Also adopted was the vision of *Charter* rights enunciated by Lamer J. in *Mills* that in order for the *Charter* to be effective there must be a remedy available where there has been a breach. In the context of s. 24, Lamer J. (at p. 894) described this as "the basic proposition that there should *always* be a court of competent jurisdiction to award such relief as is just and appropriate in the circumstances" (emphasis in original). Lamer J. defined the role and purpose of s. 24 in establishing the

tribunal compétent pour cette fin. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a proposé (avec l'appui du juge en chef Dickson et du juge Wilson) que la question de l'existence d'une atteinte à l'al. 11b) pourrait être tranchée de façon définitive à l'audience avant procès tenue devant un juge du tribunal où l'affaire serait entendue. La majorité des sept juges de la formation, toutefois, a rejeté cette façon de voir parce que, à son avis, les dispositions d'ordre procédural du *Code criminel* ne prévoient pas ce genre de requête interlocutoire et que le fait de reporter au procès la décision définitive sur l'existence de la violation ne portait pas atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Le juge La Forest, souscrivant à l'opinion majoritaire, a écrit à la p. 971:

D'après ce qui précède, il doit être évident que je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'art. 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.

Malgré la dissidence du juge Lamer au sujet de la possibilité d'obtenir une réparation avant jugement dans le cas de certaines violations de la *Charte*, ses motifs dans l'arrêt *Mills* ont, pour l'essentiel, été approuvés et adoptés. Fait particulièrement pertinent pour le présent pourvoi, le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité, a retenu la définition formulée par le juge Lamer, selon laquelle un «tribunal compétent» est un tribunal ayant le pouvoir de statuer quant aux parties, quant à l'objet du litige et quant à la réparation.

A également été adoptée la conception des droits garantis par la *Charte* exposée par le juge Lamer dans ce même arrêt et selon laquelle il faut, pour assurer l'efficacité de la *Charte*, que les violations donnent lieu à réparation. Relativement à l'art. 24, le juge Lamer a décrit ce principe, à la p. 894, comme «la proposition fondamentale qui veut qu'il y ait *toujours* un tribunal compétent à même d'accorder une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances» (en italique dans l'origi-

50

51

right to a remedy as the foundation stone for effectively enforcing *Charter* rights and ensuring that the rights guaranteed by the *Charter* will act vigorously to protect Canadians (at pp. 881-82):

“Court of competent jurisdiction” is not defined in the *Charter*. Yet its interpretation is central to the scope and effectiveness of s. 24. In determining the meaning of that term, the purpose of the section, which, in my view, is succinctly expressed in the marginal note, must be ever present: the “enforcement of guaranteed rights and freedoms”. It is that purpose, the provision of an enforcement mechanism, which above all else ensures that the *Charter* will be a vibrant and vigorous instrument for the protection of the rights and freedoms of Canadians.

Section 24(1) establishes the right to a remedy as the foundation stone for the effective enforcement of *Charter* rights. This is consistent with Article 8 of the *Universal Declaration of Human Rights* (G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948)) and with Article 2(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966)).

Article 8 of the *Universal Declaration of Human Rights* states:

Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law.

Article 2(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* states:

(3) Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided

nal). Selon le juge Lamer, l’art. 24, qui a pour objet d’établir le droit à une réparation, constitue l’assise permettant d’assurer le respect des droits énoncés dans la *Charte* et de faire en sorte que ceux-ci contribuent vigoureusement à protéger les Canadiens (aux pp. 881 et 882):

La *Charte* ne définit pas l’expression «tribunal compétent». Pourtant l’interprétation de cette expression est au cœur de la portée de l’art. 24 et de son efficacité. En décidant du sens de l’expression, il faut toujours garder à l’esprit l’objet de l’article, lequel, à mon avis, est succinctement donné par la note marginale: le «recours en cas d’atteinte aux droits et libertés». C’est cette fin, une voie de recours, qui avant tout fera de la *Charte* un instrument éloquent et vigoureux de protection des droits et des libertés des Canadiens.

Le paragraphe 24(1) fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en œuvre effective des droits accordés par la *Charte*. Ce qui est conforme à l’article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* (A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948)) et à l’art. 2(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966)).

L’article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* porte:

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

L’article 2(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* porte:

3. Les États parties au présent Pacte s’engage[nt] à:

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d’un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l’exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l’autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l’État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et

for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

développer les possibilités de recours juridictionnel;

I am of the view that a person whose Canadian Charter rights have been infringed or denied has the right to obtain the appropriate and just remedy under the circumstances. A corollary which flows from this is the fundamental principle that there must always be a court available to grant, not only the remedy, but the remedy which is the appropriate and just one under the circumstances. [Italics in original; underlining added.]

Je suis d'avis qu'une personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la Charte canadienne peut obtenir la réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances. Il en découle en corollaire le principe fondamental selon lequel il doit toujours y avoir un tribunal qui puisse accorder, non seulement une réparation, mais la réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances. [Je souligne; en italique dans l'original.]

I agree with this description of Charter rights and the role of s. 24 in guaranteeing that Charter rights are actually enforced. If the Charter is to remain a “vibrant and vigorous instrument for the protection of the rights and freedoms of Canadians” there must be an effective remedy where there has been a violation.

Je souscris à cette description des droits garantis par la Charte et du rôle de l'art. 24 visant à assurer la protection effective de ces droits. Pour que la Charte demeure «un instrument éloquent et vigoureux de protection des droits et libertés des Canadiens», ceux-ci doivent disposer d'un recours utile lorsque leurs droits sont violés.

Following *Mills*, a trilogy of cases determined that where the enabling statute grants the power to determine questions of law, an administrative tribunal has the power and responsibility not to apply provisions of that enabling statute which are incompatible with the Charter: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. In these cases the Court affirmed the correctness of the three-pronged test enunciated by Lamer J. in *Mills* for determining a “court of competent jurisdiction”: jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought by the complainant. It was not necessary, however, to determine whether the tribunals in question were courts of competent jurisdiction under s. 24 of the Charter. The power and responsibility not to apply statutory provisions which are unconstitutional was found to flow from s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which declares every law which is inconsistent with the Charter to be of no effect.

Après l'arrêt *Mills*, trois affaires ont établi que lorsqu'une loi habilitante confère à un tribunal administratif le pouvoir de statuer sur des points de droit, il incombe à ce tribunal de ne pas appliquer les dispositions de cette loi qui sont incompatibles avec la Charte: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22 (la «trilogie»). La Cour y a confirmé la validité du critère à trois volets, élaboré par le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, pour déterminer si un tribunal constitue un «tribunal compétent»: la compétence quant aux parties, à l'objet du litige et à la réparation recherchée. Il ne s'imposait pas, toutefois, de déterminer si les tribunaux en question étaient compétents pour les fins de l'art. 24 de la Charte. La Cour a jugé que le pouvoir et le devoir de ne pas appliquer des dispositions législatives inconstitutionnelles découlaient du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel porte que sont inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Of particular relevance to this appeal are the comments of La Forest J., who wrote the majority

Le juge La Forest, qui s'exprimait au nom de la majorité dans chacune des causes de la trilogie, a

52

53

54

judgment in each of the trilogy of cases, about the advantages of having constitutional issues determined by an administrative tribunal. This question is discussed in detail in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*. At pages 603-4 La Forest J. notes that the primary advantage of having tribunals determine constitutional questions is to ensure that a citizen can rely on *Charter* guarantees when the tribunal is in a position to determine the rights of that citizen:

... if there are disadvantages to allowing arbitrators or other administrative tribunals to determine constitutional issues arising in the course of exercising their mandates, there are clear advantages as well. First and foremost, of course, is that the Constitution must be respected. The citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties, should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution. [Emphasis added.]

formulé, au sujet des avantages associés au fait que des tribunaux administratifs statuent sur des questions constitutionnelles, des commentaires qui revêtent un intérêt particulier pour la présente espèce. Il a analysé cette question en détail dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, et il a fait remarquer, aux pp. 603 et 604, que son principal avantage résidait dans l'assurance qu'ont ainsi les citoyens de pouvoir invoquer les garanties prévues par la *Charte* quand le tribunal est habilité à se prononcer sur leurs droits:

... s'il y a des inconvénients à permettre aux arbitres ou à d'autres tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions constitutionnelles dans l'exercice de leur mandat, il y a également des avantages évidents. D'abord et avant tout, il va de soi que la Constitution doit être respectée. Le citoyen, qui comparaît devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution. [Je souligne.]

55

In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 639, McLachlin J. noted that it is this right of a Canadian citizen to rely on *Charter* guarantees when there is a final determination of "rights and duties" which helps to explain why the arbitrator in *Douglas College* was held to be able to determine constitutional questions but the preliminary inquiry judge in *Mills* was not:

The position of a judge or magistrate on a preliminary inquiry is readily distinguished from the position of the arbitrator in *Douglas College*. The legislation governing the arbitrator in that case conferred on him wide powers to decide both questions of fact and law and to finally resolve the dispute between the parties. That task could not be achieved without deciding the *Charter* issue. As La Forest J. put it in *Douglas College*, at p. 604: "The citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties, should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution." The contrary is true for a judge on a preliminary inquiry, whose only task is to determine whether prosecution in other proceedings is warranted. The rights of the accused need not and should not be resolved at this initial stage. The lack of power in a preliminary inquiry judge to decide constitutional questions

Dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 639, le juge McLachlin signale que c'est ce droit des citoyens canadiens de se réclamer des garanties prévues par la *Charte* lorsqu'une décision définitive doit être rendue sur leurs «droits et devoirs» qui aide à comprendre pourquoi il a été jugé, dans l'arrêt *Douglas College*, que l'arbitre était habilité à statuer sur des questions constitutionnelles, alors que dans l'arrêt *Mills*, la Cour a déterminé que le juge président une enquête préliminaire n'avait pas ce pouvoir:

On peut facilement faire la différence entre la situation d'un juge ou magistrat à l'enquête préliminaire et celle de l'arbitre dans l'arrêt *Douglas College*. Dans cette affaire, la loi habilitante conférait à l'arbitre de vastes pouvoirs lui permettant de trancher à la fois les questions de fait et de droit ainsi que le différend entre les parties. Il ne pouvait s'acquitter de cette tâche sans statuer sur la contestation fondée sur la *Charte*. Comme l'affirme le juge La Forest dans l'arrêt *Douglas College*, à la p. 604: «Le citoyen, qui comparaît devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution.» L'inverse est également vrai du juge chargé d'une enquête préliminaire, dont la seule tâche est de déterminer si des poursuites sont justifiées. Les droits de l'accusé n'ont pas besoin d'être déterminés à cette étape initiale et ne

does not prevent an accused from asserting his or her *Charter* rights; it merely defers the process until the accused is before the decision-making body charged with the task of fully determining the accused's "rights and duties" — the trial court.

Thus, the decisions in the trilogy of cases are consistent with the principle enunciated by Lamer J. in *Mills* that where there is a *Charter* right there must also be a *Charter* remedy.

In *Douglas College*, La Forest J. also noted a number of other advantages which flow from allowing tribunals to determine constitutional questions. By raising *Charter* issues before the tribunal, the *Charter* issue can be dealt with in the context in which it arises without necessitating a duplicate, expensive and time-consuming application to a court. A specialized tribunal in reaching its decision sifts the facts and compiles a record for the benefit of a reviewing court. Also the expertise and specialized competence of the tribunal can be of invaluable assistance in constitutional interpretation in order to ensure the primacy of the Constitution.

In the recent case of *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, this Court addressed the question of whether an administrative tribunal could be a court of competent jurisdiction for the purposes of granting a remedy under s. 24 of the *Charter*. The issue in that case was whether a labour arbitrator had the jurisdiction to award damages under s. 24 of the *Charter* for surveillance by the employer which allegedly breached the rights guaranteed by ss. 7 and 8. The majority held that a labour tribunal is a court of competent jurisdiction for the purpose of granting damages pursuant to s. 24.

In holding that a labour tribunal is a court of competent jurisdiction, McLachlin J. for the

devraient pas l'être. Même si le juge chargé d'une enquête préliminaire n'a pas compétence pour trancher des questions constitutionnelles, l'accusé peut toujours faire valoir les droits qui lui sont garantis par la *Charte*; l'examen de cette question se trouve seulement retardé jusqu'à ce que l'accusé comparaisse devant l'organisme décideur chargé de se prononcer sur ses «droits et devoirs» — en l'occurrence le tribunal de première instance.

Les décisions rendues dans la trilogie sont donc en harmonie avec le principe, énoncé par le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, selon lequel l'existence d'un droit garanti par la *Charte* suppose celle d'une réparation.

Dans *Douglas College*, le juge La Forest voit d'autres avantages à permettre aux tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions constitutionnelles. Les questions relevant de la *Charte* soulevées devant un tribunal administratif peuvent être examinées dans le contexte où elles se posent, ce qui évite les frais et les délais découlant de la présentation d'une deuxième demande, devant un tribunal judiciaire. En outre, pour rendre leur décision, les tribunaux spécialisés font le tri des faits et établissent un dossier pour le bénéfice d'un tribunal d'appel, sans compter que leur expertise et leur compétence spécialisée peuvent s'avérer d'une aide inestimable pour assurer la primauté de la Constitution dans l'interprétation constitutionnelle.

Dans l'arrêt récent, *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, notre Cour a examiné la question de savoir si un tribunal administratif pouvait être un tribunal compétent pour accorder une réparation sous le régime de l'art. 24 de la *Charte*. Il s'agissait, dans cette affaire, de déterminer si un arbitre en relations du travail avait compétence pour accorder des dommages-intérêts en conformité avec l'art. 24 relativement à des actes de surveillance de la part de l'employeur, dont on prétendait qu'ils portaient atteinte aux droits garantis par les art. 7 et 8. La Cour à la majorité a jugé qu'un tribunal du travail est un tribunal compétent pour les fins de l'octroi de dommages-intérêts en application de l'art. 24.

Pour statuer qu'un tribunal du travail constitue un tribunal compétent, le juge McLachlin a

56

57

58

majority applied the three-pronged test for the definition of a court of competent jurisdiction established in *Mills* and relied on the advantages of having tribunals decide constitutional issues which are set out in *Douglas College*. McLachlin J. noted that the question of whether a tribunal is a court of competent jurisdiction is answered by examining the enabling statute since it is Parliament and not judges who establish jurisdiction. She also held that there is no magic in labels and that the fact that a body is labelled a "tribunal" rather than a "court" is not determinative. At pages 962-63 she concluded:

It is thus Parliament or the Legislature that determines if a court is a court of competent jurisdiction; as McIntyre J. puts it, the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by Parliament and the Legislatures, not by judges. Nor is there magic in labels; it is not the name of the tribunal that determines the matter, but its powers. (It may be noted that the French version of s. 24(1) uses "tribunal" rather than "cour".) The practical import of fitting *Charter* remedies into the existing system of tribunals, as McIntyre J. notes, is that litigants have "direct" access to *Charter* remedies in the tribunal charged with deciding their case.

It follows from *Mills* that statutory tribunals created by Parliament or the Legislatures may be courts of competent jurisdiction to grant *Charter* remedies, provided they have jurisdiction over the parties and the subject matter of the dispute and are empowered to make the orders sought.

59

It is also important to note that the majority of the Court in *Weber* rejected the argument that only a court of law in the traditional sense with legally trained judges should be regarded as a court of competent jurisdiction. Iacobucci J., in dissent, summarized the view which was not accepted at p. 942:

In short, the choice of the word "court" in s. 24(1) reflects an intention to confer the ability to decide questions of remedies for *Charter* violations on those institutions which are conceptually "courts". It is the characteristics of a "court": the rules of procedure and

appliqué, au nom de la majorité, le critère à trois volets établi dans l'arrêt *Mills* afin de définir cette notion et elle a invoqué les avantages, énumérés dans l'arrêt *Douglas College*, liés à la détermination de questions constitutionnelles par les tribunaux administratifs. Selon elle, pour déterminer si un tribunal administratif est un tribunal compétent, il faut examiner la loi habilitante, car c'est le législateur qui donne compétence, et non pas les juges. Elle a également affirmé que les titres donnés aux tribunaux ne sont pas des formules magiques et que le fait qu'un organisme soit appelé «tribunal» plutôt que «cour» n'est pas déterminant. Elle a conclu, aux pp. 962 et 963:

C'est donc le Parlement ou la législature qui détermine si un tribunal est compétent; ainsi que l'a affirmé le juge McIntyre, la compétence des divers tribunaux canadiens est fixée par les législatures et par le Parlement et non par les juges. Ni d'ailleurs n'y a-t-il quoi que ce soit de magique dans le titre du tribunal; ce n'est pas le nom qu'il porte qui tranche la question, mais bien les pouvoirs qu'il possède. (Le texte français du par. 24(1), on l'aura noté, utilise «tribunal» et non «cour»). En pratique, le fait d'insérer les réparations fondées sur la *Charte* dans le système existant de tribunaux administratifs, ainsi que le juge McIntyre l'a souligné, a pour effet d'accorder aux plaideurs un accès «direct» aux réparations prévues par la *Charte* auprès du tribunal chargé de résoudre leur cas.

Il découle de l'arrêt *Mills* que les tribunaux d'origine législative créés par le Parlement ou les législatures peuvent être compétents pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*, pour autant qu'ils ont compétence à l'égard des parties et de l'objet du litige et qu'ils sont habilités à rendre les ordonnances demandées.

Il importe également de signaler que, dans l'arrêt *Weber*, la Cour à la majorité a rejeté l'argument voulant que seule une cour de justice au sens classique du terme, constituée de juges ayant une formation juridique, pouvait être considérée comme un tribunal compétent. Le juge Iacobucci, dissident, a exprimé la position non retenue (à la p. 942):

Bref, le choix du mot «tribunal» au par. 24(1) révèle une intention de conférer le pouvoir de trancher les questions de réparation à l'égard de violations de la *Charte* aux institutions qui, au niveau conceptuel, sont des «tribunaux». Ce sont les caractéristiques du «tribunal»,

evidence, the independence and legal training of its judges, the possibility of hearing from a third party intervener such as an Attorney General or an *amicus curiae*, which make it the most suitable forum to hear a s. 24(1) application.

In my opinion, the recent decision of this Court in *Weber* is correct and is consistent with earlier case law. While the trilogy of tribunal cases did not decide the issue of whether tribunals are courts of competent jurisdiction for the purposes of s. 24, it did decide that where a tribunal has the power to consider questions of law, it can and must also make determinations about the constitutional validity of the provisions of its enabling statute. In those cases this Court clearly rejected the view that the lack of legal training on the part of tribunal members precludes them from making constitutional determinations. As La Forest J. noted in *Cuddy Chicks*, at pp. 16-17:

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical. Therefore, while Board members need not have formal legal training, it remains that they have a very meaningful role to play in the resolution of constitutional issues. The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance.

The considerations which animated this Court's decisions in the trilogy of tribunal cases apply with equal force when considering whether a tribunal has the jurisdiction to grant *Charter* remedies under s. 24. Of primary importance is the ability of the citizen to rely upon and assert *Charter* rights in a direct manner in the normal procedural context in which the issue arises.

soit les règles de procédure et de preuve, l'indépendance et la formation juridique de ses juges, la possibilité d'entendre un tiers intervenant comme un procureur général ou un *amicus curiae*, qui en font la juridiction la plus appropriée pour entendre une demande fondée sur le par. 24(1).

À mon avis, la décision récemment rendue par notre Cour dans l'arrêt *Weber* est correcte et conforme aux décisions antérieures. Bien que la trilogie relative aux tribunaux administratifs n'ait pas tranché la question de savoir si ces tribunaux sont des tribunaux compétents pour les fins de l'art. 24, elle a toutefois établi que les tribunaux administratifs habilités à se prononcer sur des questions de droit peuvent, et même doivent, statuer sur la validité constitutionnelle des dispositions de leur loi habilitante. Dans ces arrêts, la Cour a rejeté sans équivoque la position voulant que l'absence de formation juridique des membres d'un tribunal administratif empêche ce dernier de statuer en matière constitutionnelle. Ainsi que l'a exprimé le juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, aux pp. 16 et 17:

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. Par conséquent, bien que les membres de la Commission n'aient pas à avoir une formation juridique professionnelle, il n'en reste pas moins qu'ils ont à jouer un rôle très significatif dans la détermination de questions constitutionnelles. Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l'attention qu'elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d'une aide inestimable.

Les motifs à la base des décisions rendues par la Cour dans la trilogie relative aux tribunaux administratifs s'appliquent avec la même force lorsqu'il s'agit de déterminer si un tel tribunal a compétence pour accorder une réparation sous le régime de l'art. 24 de la *Charte*. La capacité du citoyen d'invoquer les droits garantis par la *Charte* et de les faire reconnaître de façon directe, dans le cadre procédural normal ayant suscité la question, constitue alors un facteur déterminant.

60

61

- 62 It is also axiomatic to the earlier case law that in order to protect the vibrancy and vigour of *Charter* protections, the citizen must have access to a meaningful remedy for *Charter* violations where there is to be a final determination of his or her rights and duties.
- 63 Given that administrative tribunals, such as the Parole Board in this case, have jurisdiction to impose punitive sanctions, it would be an unusual result if they lacked the ability to grant individuals *Charter* remedies, not at large but within the parameters of their legislated jurisdiction.
- 64 There is no reason in principle why any of the practical advantages enunciated by La Forest J. in the trilogy should apply with any less force to a tribunal granting a remedy under s. 24 than to a tribunal declining to enforce a constitutionally invalid statutory provision. If anything, tailoring a specific *Charter* remedy for a specific applicant before a tribunal is more suited to a tribunal's special role in determining rights on a case by case basis in the tribunal's area of expertise. It has less serious ramifications than determining that a statutory provision will not be applied on *Charter* grounds.
- 65 It is worth emphasizing that this Court in *Weber* explicitly held that there is no magic in labels and that a tribunal can be a court of competent jurisdiction although it is not a "court" in the most literal sense of the word. This holding is consistent with earlier case law and the decisions of other courts: *R. v. Garrett*, [1907] 1 K.B. 881, at p. 886; *Re Nash and the Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (Nfld. Prov. Ct.), at p. 494; *Re United Nurses of Alberta, Local 115 and Foothills Provincial General Hospital Board* (1987), 40 D.L.R. (4th) 163 (Alta. Q.B.), at pp. 166-67; *R. v. Toker* (1984), 11 D.L.R. (4th) 456 (Alta. C.A.).
- 66 The English word "court" is also capable of a broad interpretation even on a plain and literal
- Il ressort clairement de la jurisprudence antérieure également que, pour préserver la vigueur des garanties prévues dans la *Charte*, il faut qu'en cas de violation le citoyen puisse obtenir une réparation utile lorsqu'une décision définitive touchant ses droits et ses devoirs doit être rendue.
- Puisque les tribunaux administratifs, comme la Commission en l'espèce, ont le pouvoir d'imposer des sanctions pénales, il serait étrange qu'ils ne puissent accorder aux particuliers des réparations fondées sur la *Charte*, non pas d'une manière générale, mais dans les limites de leur compétence législative.
- Aucune raison de principe ne justifie que les avantages pratiques énumérés par le juge La Forest dans la trilogie aient moins de force lorsqu'un tribunal administratif accorde une réparation sous le régime de l'art. 24 que lorsqu'il refuse de donner effet à une disposition législative inconstitutionnelle. Leur fonction particulière de détermination des droits au cas par cas dans leur domaine de spécialisation placerait même plutôt les tribunaux administratifs en meilleure position pour décider de la réparation qu'il convient d'accorder à un demandeur donné. Ce type de décision a des ramifications moins importantes que le refus d'appliquer une disposition législative pour un motif fondé sur la *Charte*.
- Il convient de souligner que dans l'arrêt *Weber*, la Cour a clairement statué que le nom donné à un tribunal n'a rien de magique et qu'un tribunal administratif peut constituer un tribunal compétent même s'il n'est pas une «cour» au sens le plus littéral du terme. Cette position va dans le sens de la jurisprudence antérieure de notre Cour et des décisions d'autres tribunaux: *R. c. Garrett*, [1907] 1 K.B. 881, à la p. 886; *Re Nash and the Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (C. prov. T.-N.), à la p. 494; *Re United Nurses of Alberta, Local 115 and Foothills Provincial General Hospital Board* (1987), 40 D.L.R. (4th) 163 (B.R. Alb.), aux pp. 166 et 167; *R. c. Toker* (1984), 11 D.L.R. (4th) 456 (C.A. Alb.).
- Le mot anglais «court» se prête également à une interprétation large, même lorsqu'il est pris dans

reading of that word. For instance the *Chambers English Dictionary* (7th ed. 1988) defines a “court” as “any body of persons assembled to decide causes” and the *Concise Oxford Dictionary* (8th ed. 1990) defines it as an “assembly of judges or other persons acting as a tribunal”. Thus a “court” in its ordinary sense is broad enough to encompass a tribunal. It is notable that the *Charter* does not limit the word court by some phrase such as “court of law”, “court of justice” or “superior court”. Rather, the *Charter* uses the broad and expansive term “court of competent jurisdiction”. As Chrumka J. noted in the *United Nurses of Alberta* case at p. 167, “[t]he phrase ‘court of competent jurisdiction’ is not unknown to the law and is to be given a broad construction”. As early as 1907, Collins M.R. in *Garrett* rejected a narrow approach to the phrase “court of competent jurisdiction” and held at p. 886:

... the expression “Court of competent jurisdiction” seems to me to be only a compendious expression covering every possible Court which by enactment is made competent to entertain a claim ...

McLachlin J. observed in *Weber* that it is notable that the French version of s. 24 uses the word “tribunal” rather than “cour” in s. 24. The significance of the choice of the word “tribunal” in the French can be more fully appreciated by comparing the choice of this word in s. 24 to the choice of wording in s. 11(d) of the *Charter*. The English text of s. 11(d) refers to “an independent and impartial tribunal”, and the French uses the same word as in s. 24, “un tribunal indépendant et impartial”. This demonstrates that the drafters of the *Charter* used the French word “tribunal” in a sense which was broad enough to encompass both the English “court” and the English “tribunal”.

The broad interpretation of s. 24 in *Weber* allows for the French word “tribunal” to be interpreted in a manner consistent with its use in other provisions of the *Charter*, and is mindful of this Court’s frequent admonition to interpret *Charter* provisions in light of one another. As Lamer J.

son sens le plus simple et le plus littéral. Le *Chambers English Dictionary* (7^e éd. 1988), par exemple, en donne la définition suivante: [TRADUCTION] «personnes assemblées pour rendre décision sur des affaires», et le *Concise Oxford Dictionary* (8^e éd. 1990), celle-ci: [TRADUCTION] «assemblée de juges ou d’autres personnes agissant comme tribunal». Dans son sens ordinaire, le mot est donc assez large pour comprendre un tribunal administratif. La *Charte*, on le remarquera, n’en restreint pas la portée en employant des expressions comme «tribunal judiciaire», «cour de justice» ou «cour supérieure», elle fait plutôt appel à l’expression large et ouverte «tribunal compétent», laquelle, comme l’a signalé le juge Chrumka dans l’affaire *United Nurses of Alberta* (à la p. 167): [TRADUCTION] «[n]est pas inconnue en droit et doit recevoir une interprétation large». Dès 1907, dans l’affaire *Garrett*, précité, le maître des rôles Collins avait refusé de donner une interprétation étroite à l’expression [TRADUCTION] «tribunal compétent», et avait affirmé (à la p. 886):

[TRADUCTION] ... l’expression «tribunal compétent» me semble n’être qu’une expression concise englobant tout tribunal légalement habilité à connaître d’une demande ...

Dans l’arrêt *Weber*, le juge McLachlin fait remarquer que le texte français de l’art. 24 emploie le mot «tribunal» plutôt que le mot «cour». La portée de ce choix se comprend mieux si on le compare à celui qui a été fait à l’al. 11d). Le texte anglais de cette disposition comporte les mots «*an independent and impartial tribunal*», tandis que le texte français fait appel au même mot que l’art. 24, «un tribunal indépendant et impartial». Cela démontre que les rédacteurs de la *Charte* ont employé le mot français «tribunal» dans un sens assez large pour englober les notions anglaises de «*court*» et de «*tribunal*».

L’interprétation large de l’art. 24 faite dans l’arrêt *Weber* permet d’interpréter le terme français «tribunal» d’une façon qui concorde avec l’emploi de ce mot dans les autres dispositions de la *Charte* et obéit à l’avertissement maintes fois répété par notre Cour d’interpréter les dispositions de la

stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 365 (citing P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 236), “[e]very component [of the *Charter*] contributes to the meaning as a whole”. The *Weber* approach is also consistent with giving the *Charter* a “broad and liberal interpretation”, a feature which has animated the *Charter* jurisprudence of this Court from its conception: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, per Dickson J.

Charte les unes en fonction des autres. Ainsi que le juge Lamer l’a affirmé dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 365 (citant P. A. Côté, *Interprétation des lois* (1982), à la p. 257), «chaque élément [de la *Charte*] contribue au sens de l’ensemble». La méthode retenue dans l’arrêt *Weber* permet également de donner une «interprétation large et libérale» à la *Charte*, ce que notre Cour s’est efforcée de faire depuis qu’elle a commencé à statuer sur la *Charte*: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson.

69 In summary, the previous cases of this Court establish that:

1. the purpose of s. 24 of the *Charter* is to ensure that *Charter* rights and guarantees are respected by providing a just and appropriate remedy for *Charter* breaches;
2. s. 24 is to be interpreted in such a way that there will always be a court of competent jurisdiction to award such relief as is just and appropriate in the circumstances where there is a final determination of the rights and duties of the citizen;
3. there are a number of practical advantages to allowing administrative tribunals to decide constitutional issues in spite of the lack of formal evidentiary rules and legal training of tribunal members;
4. the test for a court of competent jurisdiction is whether the enabling statute grants jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought; and
5. an administrative tribunal can be a court of competent jurisdiction where it meets this test.

B. *Application to this Appeal*

(1) Introduction

70 Sopinka J. concludes that even assuming the Parole Board has jurisdiction over the parties and the subject matter he is satisfied that the Board is not empowered to make the order sought. By

Pour résumer, les décisions antérieures de notre Cour ont établi les principes suivants:

1. l’art. 24 de la *Charte* vise à assurer le respect des droits et des garanties qu’elle énonce en prévoyant l’octroi d’une réparation convenable et juste en cas de violation;
2. l’art. 24 doit être interprété de telle façon qu’il existe toujours un tribunal compétent pour accorder une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, lorsqu’une décision définitive est rendue au sujet des droits ou des devoirs d’un citoyen;
3. même si les tribunaux administratifs ne disposent pas de règles de preuve formelles et que leurs membres n’ont pas de formation juridique, il existe des avantages pratiques à leur permettre de statuer sur des questions constitutionnelles;
4. le critère applicable pour déterminer s’il s’agit d’un tribunal compétent est d’examiner si la loi habilitante lui donne compétence à l’égard des parties, de l’objet du litige et de la réparation demandée;
5. un tribunal administratif peut être un tribunal compétent lorsqu’il satisfait à ce critère.

B. *Application au présent pourvoi*

(1) Introduction

Le juge Sopinka conclut que, même en supposant que la Commission a compétence sur les parties et sur l’objet du litige, il est convaincu qu’elle n’a pas le pouvoir de rendre l’ordonnance deman-

relying on factors such as the lack of an adversarial process, the lack of formal rules of evidence and the lack of legal training of Parole Board members he finds that the Parole Board is not a court of competent jurisdiction. My colleague resurrects the requirement that a "court of competent jurisdiction" must be a traditional court. The majority of the Court in *Weber* rejected this view. Moreover, the factors relied on by Sopinka J. have never been accepted as reasons for limiting a tribunal's power to determine constitutional issues.

The *Weber* case is consistent with the prior case law of this Court which holds that the test for a "court of competent jurisdiction" is to be determined by an examination of the statute to see whether the tribunal in question has been granted jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought. It is therefore necessary to turn to an examination of the statute which governs the National Parole Board to determine whether it meets this tripartite test.

(2) The Mills Test

It is indisputable that the National Parole Board has jurisdiction over the party and the subject matter. The party is an offender eligible for parole and the subject matter is the granting or revocation of parole. Section 107(1) of the *Corrections and Conditional Release Act* grants the Parole Board the exclusive jurisdiction and absolute discretion to finally determine whether parole should be granted or revoked:

107. (1) Subject to this Act, the *Prisons and Reformatories Act*, the *Transfer of Offenders Act* and the *Criminal Code*, the Board has exclusive jurisdiction and absolute discretion

(a) to grant parole to an offender;

(b) to terminate or to revoke the parole or statutory release of an offender, whether or not the offender is in custody under a warrant of apprehension issued as a result of the suspension of the parole or statutory release;

dée. En faisant appel à des facteurs comme l'absence de processus contradictoire, l'absence de règles de preuve formelles et l'absence de formation juridique des membres de la Commission, il conclut que cette dernière n'est pas un tribunal compétent. Mon collègue fait revivre l'exigence qu'un «tribunal compétent» soit un tribunal classique. Or, c'est une position que la Cour à la majorité a rejetée dans l'arrêt *Weber*. Qui plus est, ces facteurs n'ont jamais été retenus comme motifs de limitation du pouvoir d'un tribunal administratif de statuer sur des questions constitutionnelles.

L'arrêt *Weber* va dans le sens de la jurisprudence antérieure de notre Cour selon laquelle, pour déterminer s'il s'agit d'un «tribunal compétent», il faut examiner la loi habilitante pour établir si elle lui donne compétence sur les parties, sur l'objet du litige et sur la réparation demandée. Il s'impose donc d'analyser la loi régissant la Commission pour déterminer si cette dernière satisfait à ce critère en trois volets.

(2) Le critère de l'arrêt Mills

Il est incontestable que la Commission a compétence sur la partie et sur l'objet du litige. La partie est un contrevenant admissible à la libération conditionnelle et le litige porte sur l'octroi ou la révocation de la libération conditionnelle. Aux termes du par. 107(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, la Commission jouit d'une compétence exclusive et d'un pouvoir discrétionnaire absolu pour statuer de façon définitive en matière d'octroi ou de révocation de la libération conditionnelle:

107. (1) Sous réserve de la présente loi, de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, de la *Loi sur le transfèrement des délinquants* et du *Code criminel*, la Commission a toute compétence et latitude pour:

a) accorder une libération conditionnelle;

b) mettre fin à la libération conditionnelle ou d'office, ou la révoquer que le délinquant soit ou non sous garde en exécution d'un mandat d'arrêt délivré à la suite de la suspension de sa libération conditionnelle ou d'office;

71

72

(c) to cancel a decision to grant parole to an offender, or to cancel the suspension, termination or revocation of the parole or statutory release of an offender;

c) annuler l'octroi de la libération conditionnelle ou la suspension, la cessation ou la révocation de la libération conditionnelle ou d'office;

73 The more difficult question on this appeal is whether the National Parole Board has been granted jurisdiction over the remedy sought. Some care should be taken to appropriately define the remedy sought by the respondent in this case.

La question plus complexe que soulève le présent pourvoi est de déterminer si le législateur a conféré à la Commission compétence sur la réparation recherchée. Il convient de bien préciser la réparation demandée par l'intimé en l'espèce.

74 As Lambert J.A. pointed out in the reasons for the majority in the British Columbia Court of Appeal ((1994), 93 C.C.C. (3d) 415), the test would not lead anywhere if the remedy was considered to be applying the *Charter* in order to exclude evidence at a parole hearing: that remains the question and not the answer. The majority of this Court in *Weber* rejected the view that enabling legislation must expressly confer the jurisdiction to grant a *Charter* remedy before this stage of the test is met. Such an approach would require that any adjudicative bodies pre-existing the *Charter* would be barred from applying it unless their constituting statutes were amended. This view is clearly untenable and inconsistent with the result in *Mills*. Provincial courts are a ready example of bodies entitled to grant *Charter* remedies without their constituting statutes being amended.

Comme l'a signalé le juge Lambert dans les motifs prononcés au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1994), 93 C.C.C. (3d) 415), si la réparation recherchée est considérée comme étant l'application de la *Charte* de façon à écarter des éléments de preuve au cours d'une audience en matière de libération conditionnelle, le critère ne mène nulle part: il repose la question au lieu d'y répondre. Notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *Weber*, a rejeté la position voulant que la compétence d'accorder une réparation fondée sur la *Charte* doit avoir été expressément conférée par la loi habilitante pour qu'il soit satisfait à ce volet du critère. Cette position impliquerait que toute instance décisionnelle constituée avant l'entrée en vigueur de la *Charte* ne pourrait appliquer celle-ci à moins que sa loi habilitante ne soit modifiée. Un tel argument est manifestement indéfendable et va à l'encontre de la conclusion tirée dans l'arrêt *Mills*. Les cours provinciales constituent un bon exemple de tribunaux qui disposent du pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* sans qu'il ait pour cela été nécessaire de modifier leurs lois habilitantes.

75 On the other hand, I would respectfully reject the definition of remedy chosen by Lambert J.A., who held (at p. 437) that "the remedy is the granting of parole". This approach defines the remedy at too great a level of abstraction and seems to mix the remedy and subject matter. I accept the argument of the appellants that to define the remedy in this manner is tantamount to saying that every tribunal which can make an order of some nature has *Charter* jurisdiction.

Je ne puis, pour autant, souscrire à la définition de réparation retenue par le juge Lambert (à la p. 437), savoir que [TRADUCTION] «la réparation est l'octroi de la liberté conditionnelle». Cette définition fait appel à un degré d'abstraction trop élevé et semble confondre la réparation et l'objet du litige. Je conviens avec les appelants qu'elle équivaut à affirmer que chaque tribunal habilité à rendre quelque ordonnance que ce soit a compétence en matière d'application de la *Charte*.

76 In my view, the correct approach lies between these two extremes. The remedy to be considered under the third stage of the *Mills* test is the specific

J'estime qu'il faut chercher la réponse entre ces deux extrêmes. La réparation qu'il faut envisager dans le cadre du troisième volet du critère de l'ar-

remedy which the applicant seeks under the Charter for the breach of a *Charter* right. However, the question to be determined is not whether the legislation grants the jurisdiction to direct this remedy under the Charter but rather simply whether it grants the jurisdiction to grant this sort of remedy.

For example, in *Mills* the remedy sought under the *Charter* was a stay of proceedings in order to remedy pre-trial delay. A preliminary inquiry judge is not a court of competent jurisdiction because he does not have the power under the *Criminal Code* to grant a stay of proceedings. On the other hand, a trial judge has the jurisdiction to grant this sort of remedy and thus is a court of competent jurisdiction although there is no specific legislative authorization in the *Criminal Code* to grant *Charter* remedies. Likewise in *Weber*, a labour arbitration board was found to be a court of competent jurisdiction to award damages under s. 24(1) because an award of damages lies within the sphere of remedies that this kind of board is authorized to grant. A specific legislative jurisdiction to grant *Charter* damages was not required.

In this case the respondent seeks to have evidence excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The remedy sought is the exclusion of evidence. Therefore the final stage in the application of the *Mills* test is whether the legislation which governs the National Parole Board either expressly or implicitly grants the jurisdiction to exclude evidence. In my view it does.

In deciding what information to consider in parole determination deliberations, the National Parole Board must strike a balance between the inclusion and the exclusion of information. Thus, although the Board has the jurisdiction to exclude evidence on a limited number of grounds it also has a broad inclusionary mandate. The Board's statutory obligation to include a broader range of information than would be considered under the traditional rules of evidence is fully in keeping

rêt *Mills* est la réparation particulière demandée sous le régime de la *Charte* en raison d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Il ne s'agit pas toutefois de se demander si la loi permet au tribunal d'accorder réparation sous le régime de la Charte, mais bien de déterminer si elle l'habilite à accorder ce type de réparation.

Par exemple, la réparation fondée sur la *Charte* demandée dans l'arrêt *Mills* était l'arrêt des procédures en raison du retard à instruire le procès. Le juge président l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent, parce que le *Code criminel* ne lui donne pas le pouvoir d'arrêter des procédures. Par contre, le juge du procès dispose du pouvoir d'accorder ce type de réparation et il constitue donc un tribunal compétent même si le *Code criminel* ne confère aucun pouvoir particulier en matière de réparation sous le régime de la *Charte*. De la même façon, il a été jugé dans l'arrêt *Weber* qu'un arbitre en relations du travail est un tribunal compétent pour attribuer des dommages intérêts en conformité avec le par. 24(1), parce que l'octroi de dommages-intérêts fait partie des redressements qu'un tel organisme est autorisé à accorder. Il n'est donc pas nécessaire que le pouvoir d'attribuer des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* soit expressément prévu dans la loi.

En l'espèce, l'intimé invoque le par. 24(2) de la *Charte* pour que des éléments de preuve soient écartés. La réparation demandée est l'exclusion de ces éléments. Le dernier volet du critère de l'arrêt *Mills* consiste donc à examiner si la loi régissant la Commission lui confère expressément ou implicitement le pouvoir d'écartier des éléments de preuve. J'estime qu'elle le fait.

En décidant de l'information dont elle tiendra compte pour statuer sur la libération conditionnelle, la Commission doit concilier l'inclusion et l'exclusion de renseignements. Ainsi, même si la Commission a compétence pour exclure des éléments de preuve pour un nombre restreint de motifs, elle n'en a pas moins un vaste mandat d'inclusion de renseignements. L'obligation que lui fait la loi de tenir compte d'un éventail plus large de renseignements que ceux qui seraient examinés

77

78

79

with its role of public protection and as a watch-guard against recidivism by parolees.

80 Section 101 provides that the National Parole Board should take into consideration all available information that is relevant to the case:

101. The principles that shall guide the Board and the provincial parole boards in achieving the purpose of conditional release are

(b) that parole boards take into consideration all available information that is relevant to a case, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge, any other information from the trial or the sentencing hearing, information and assessments provided by correctional authorities, and information obtained from victims and the offender;

81 In argument, the appellants emphasized the fact the statute uses the term "information" which is broader than the term "evidence" and my colleague relies on the fact that the Board is not bound by formal rules of evidence. Neither of these considerations resolves the issue of whether the Board is entitled to exclude evidence. Evidence is simply a subset of the term "information" and there may be exclusion beyond that provided for in formal evidentiary rules.

82 In my opinion, the statute expressly contemplates a power to exclude information from its consideration since it restricts the Board to a consideration of relevant information. In *Seaboyer*, at p. 609, McLachlin J. held that it is a principle of fundamental justice that a finder of fact consider only what is relevant and, with limited exceptions, all that is relevant. She also noted that this relevancy principle underlies the formal rules of evidence:

It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues. This goal is reflected in the basic tenet of relevance which under-

en application des règles classiques de preuve cadre parfaitement avec son mandat de protéger le public et de freiner la récidive chez les détenus en liberté conditionnelle.

L'article 101 dispose que la Commission doit prendre en considération toute l'information pertinente disponible:

101. La Commission et les commissions provinciales sont guidées dans l'exécution de leur mandat par les principes qui suivent:

b) elles doivent tenir compte de toute l'information pertinente disponible, notamment les motifs et les recommandations du juge qui a infligé la peine, les renseignements disponibles lors du procès ou de la détermination de la peine, ceux qui ont été obtenus des victimes et des délinquants, ainsi que les renseignements et évaluations fournis par les autorités correctionnelles;

Dans leur argumentation, les appelants ont insisté sur le fait que le législateur a employé le mot «information» qui est plus large que «preuve». Mon collègue s'appuie en outre sur le fait que la Commission n'est pas liée par des règles de preuve formelles. Aucun de ces éléments ne résout la question de savoir si la Commission est habilitée à écarter des éléments de preuve. La preuve n'est qu'un sous-ensemble du terme «information», et il peut y avoir d'autres exclusions que celles qui sont prévues par les règles de preuve formelles.

À mon avis, la loi prévoit expressément le pouvoir de la Commission d'exclure de l'information puisqu'elle limite la portée de son examen à l'information pertinente. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 609, le juge McLachlin a affirmé qu'un principe de justice fondamentale veut que le juge des faits tienne compte des seuls éléments pertinents et, sous réserve de quelques exceptions limitées, de tous les éléments pertinents. Elle a également signalé que ce principe de la pertinence sous-tendait les règles de preuve formelles:

C'est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige. Cet objectif ressort du principe

lies all our rules of evidence: see *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, and *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670. In general, nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved and everything which is probative should be received, unless its exclusion can be justified on some other ground.

The governing statute also requires that the Board exclude evidence which it deems to be unreliable or inaccurate. Section 147(1)(d) of the *Corrections and Conditional Release Act* provides for an appeal of the Board's decision to the Appeal Division on the ground that the Board "based its decision on erroneous or incomplete information".

As noted by Sopinka J. the duty not to consider information which is unreliable or unpersuasive also arises from the common law doctrine of procedural fairness which applies to a statutory tribunal such as the Parole Board: see *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653. In *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 414, Dickson J., as he then was, stated in relation to sentencing proceedings which, like parole hearings, involve a relaxation of formal evidentiary rules: "A substantial liberty interest of the offender is involved and the information obtained should be accurate and reliable."

The governing statute contemplates that the Board must exclude from its consideration any information which is irrelevant or which is unreliable. Thus, although it is not bound by formal evidentiary rules, the Board is bound to observe the two guiding principles which inform the traditional rules of evidence: relevance and reliability. The statutory requirement that the Board must exclude from its consideration information which is irrelevant or unreliable establishes that the Board has jurisdiction to exclude evidence. Therefore, the Board has jurisdiction over the remedy sought by the respondent in this case, and the third stage of the *Mills* test is met.

fondamental de la pertinence qui est à la base de toutes nos règles de preuve: voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, et *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670. En règle générale, rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis, à moins de devoir être exclu pour un autre motif.

La loi habilitante exige aussi que la Commission écarte les éléments de preuve qu'elle ne juge pas sûrs ou qu'elle estime inexacts. L'alinéa 147(1)d) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* prévoit qu'il peut être interjeté appel de la décision de la Commission auprès de la Section d'appel pour le motif que la Commission «a fondé sa décision sur des renseignements erronés ou incomplets».

Comme l'a mentionné le juge Sopinka, l'obligation d'écarter les renseignements qui ne sont pas sûrs ou qui n'emportent pas la conviction découle également de la théorie de l'équité procédurale reconnue en common law, qui s'applique à un tribunal d'origine législative comme la Commission: voir *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653. Dans *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 414, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé à l'égard de la procédure de détermination de la peine qui, comme l'audience en matière de libération conditionnelle, se caractérise par l'application de règles de preuve moins strictes: «La liberté de l'accusé en dépend largement et il faut que les renseignements fournis soient exacts et sûrs.»

La loi applicable prévoit que la Commission doit exclure de son examen tout renseignement qui n'est pas pertinent ou qui n'est pas sûr. Par conséquent, même si elle n'est pas liée par les règles de preuve formelles, la Commission est tenue d'observer les deux principes directeurs qui les fondent: la pertinence et la fiabilité. L'obligation légale faite à la Commission de ne pas tenir compte des renseignements qui ne sont pas pertinents ou pas sûrs implique qu'elle a compétence pour écarter des éléments de preuve. Elle a donc compétence sur la réparation demandée par l'intimé en l'espèce, et il est ainsi satisfait au troisième volet du critère de l'arrêt *Mills*.

83

84

85

(3) The Governing Statute and the Charter

86

The fact that the National Parole Board meets the three requirements of the *Mills* test is sufficient to establish that the Board is a court of competent jurisdiction to grant a remedy under s. 24 of the *Charter*. It is worth noting that the governing statute also contemplates that the Board must apply the *Charter*. Section 147(1) provides:

147. (1) An offender may appeal a decision of the Board to the Appeal Division on the ground that the Board, in making its decision,

(a) failed to observe a principle of fundamental justice;

(b) made an error of law;

(c) breached or failed to apply a policy adopted pursuant to subsection 151(2);

. . .

87

The legislation requires that the Parole Board has to observe the principles of fundamental justice in making its decision. This echoes the wording of s. 7 of the *Charter*, which guarantees the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice.

88

It is appropriate that the Parole Board, which can substantially interfere with a liberty interest by granting, denying or revoking parole, should be required to apply the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice require more than the common law doctrine of procedural fairness relied on by Sopinka J.

89

The legislation also permits review for errors of law, which implicitly recognizes that the Board can determine issues of law. The capacity of a statutory tribunal to decide questions of law has been held by this Court in the trilogy of tribunal cases to be determinative of whether a tribunal can decide *Charter* issues which arise in the exercise of its statutory mandate.

(3) La loi habilitante et la Charte

Le fait que la Commission satisfait aux trois exigences du critère de l'arrêt *Mills* suffit à établir qu'elle est un tribunal compétent pour accorder une réparation sous le régime de l'art. 24 de la *Charte*. Il convient de signaler que la loi régissant la Commission prévoit également qu'elle doit appliquer la *Charte*. Le paragraphe 147(1) porte:

147. (1) Le délinquant visé par une décision de la Commission peut interjeter appel auprès de la Section d'appel pour l'un ou plusieurs des motifs suivants:

a) la Commission a violé un principe de justice fondamentale;

b) elle a commis une erreur de droit en rendant sa décision;

c) elle a contrevenu aux directives établies aux termes du paragraphe 151(2) ou ne les a pas appliquées;

. . .

Cette loi oblige donc la Commission à observer les principes de justice fondamentale dans l'exercice de son pouvoir décisionnel. Cette exigence s'inspire du libellé de l'art. 7 de la *Charte*, qui garantit le droit de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il est juste que la Commission, dont les décisions en matière d'octroi, de refus ou de révocation de libération conditionnelle peuvent influencer considérablement sur le droit à la liberté, soit tenue d'appliquer les principes de justice fondamentale. Or ces principes sont plus exigeants que la théorie de l'équité procédurale reconnue en common law, sur laquelle se fonde le juge Sopinka.

La loi permet également la révision des erreurs de droit, ce qui suppose implicitement que la Commission peut statuer sur des points de droit. Notre Cour a jugé, dans la trilogie sur les tribunaux administratifs, que l'existence du pouvoir de trancher des questions de droit permet de conclure au pouvoir d'un tribunal d'origine législative de statuer sur les questions relatives à la *Charte* qui se soulèvent dans le cadre de l'exécution de son mandat.

Finally, an appeal is allowed for failure to apply policies adopted under s. 151(2). The policy adopted under s. 151(2) in relation to appeals sets out the mandate of the Appeal Division in terms which require it to ensure compliance with the *Charter*:

The Appeal Division reviews decisions of the Board, upon the appeal of a decision by the offender pursuant to s. 147(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*. The Appeal Division, through its review process, and decision-making authority, and the issuance of Appeal Division Reports, contributes to the quality of conditional release decisions by ensuring that decisions and decision-making processes are fair and equitable and comply with the legislation, the *Charter of Rights and Freedoms*, the Board's policies and procedures, and principles of the National Parole Board Mission Statement. [Emphasis added.]

The application of the *Mills* test leads to the conclusion that the Board is a court of competent jurisdiction for the purposes of granting a remedy under s. 24(2) and an examination of the governing statute demonstrates a legislative intention that *Charter* principles apply to the determination of the liberty interests of parolees. It remains only to consider policy issues.

(4) Policy Considerations

As discussed earlier, the policy considerations raised by Sopinka J. (that the Board does not use an adversarial process, that formal rules of evidence do not apply and that not all Board members have legal training) have been rejected by this Court as inadequate reasons for preventing a statutory tribunal from determining constitutional issues. On the other hand, the advantages of having a tribunal decide such issues, set out by La Forest J. in *Douglas College*, apply in support of recognizing the Parole Board as a court of competent jurisdiction.

Recognition of the Parole Board as a court of competent jurisdiction would enable the *Charter*

Enfin, la loi prévoit comme motif d'appel le manquement aux directives établies aux termes du par. 151(2). La directive ainsi adoptée relativement aux appels décrit le mandat de la Section d'appel en des termes qui l'obligent à veiller au respect de la *Charte*:

La Section d'appel examine les décisions de la Commission lorsque des délinquants interjettent appel en vertu du par. 147(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Grâce à son processus d'examen, à son pouvoir décisionnel et aux rapports qu'elle produit, elle contribue à assurer la qualité des décisions rendues au chapitre de la mise en liberté sous condition en veillant à ce que ces décisions et le processus suivi soient justes et équitables et à ce qu'ils soient conformes aux dispositions législatives, à la *Charte des droits et libertés*, aux politiques et aux procédures de la Commission ainsi qu'aux principes contenus dans l'énoncé de mission de la Commission nationale des libérations conditionnelles. [Je souligne.]

L'application du critère de l'arrêt *Mills* en l'espèce permet de conclure que la Commission est un tribunal compétent aux fins de l'octroi d'une réparation sous le régime du par. 24(2), et un examen de la loi régissant la Commission démontre que l'intention du législateur était que les principes de la *Charte* s'appliquent aux décisions touchant le droit à la liberté. Il ne reste à examiner que les questions de principe.

(4) Les questions de principe

Comme il en a été fait mention plus haut, notre Cour a jugé que les questions de principe soulevées par le juge Sopinka (le fait que la Commission ne suit pas le modèle contradictoire, que les règles de preuve formelles ne s'appliquent pas et que ses membres n'ont pas tous une formation juridique) ne constituaient pas des motifs suffisants pour empêcher un tribunal d'origine législative de statuer sur des questions constitutionnelles. Par ailleurs, les avantages qu'il y a à permettre à un tel tribunal de trancher ces questions, que le juge La Forest a énumérés dans l'arrêt *Douglas College*, militent en faveur de la reconnaissance de la Commission comme tribunal compétent.

En reconnaissant cette qualité à la Commission, on fait en sorte que les questions relatives à la

90

91

92

93

issue to be dealt with in the context in which it arises without, as previously noted, necessitating an expensive and time-consuming application to a court. The Parole Board's determination would find facts and compile a record for the benefit of a reviewing court. The expertise and specialized competence of the tribunal could be of invaluable assistance in constitutional interpretation particularly on the question of when the admission of unconstitutionally obtained evidence in the parole determination process might bring the administration of justice into disrepute.

94

However the overriding policy consideration which militates in favour of finding that the Parole Board is a court of competent jurisdiction is the fact that the Parole Board has the exclusive jurisdiction to finally determine the liberty interests of a parolee. I agree with Lambert J.A. who concluded that if the Parole Board is not a court of competent jurisdiction then the parolee is deprived of *Charter* protection with respect to unconstitutionally obtained evidence, at p. 440:

Counsel for the National Parole Board has firmly maintained that the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction under s. 24 of the Charter. If he is right, then when the National Parole Board refuses to consider whether to grant the Charter remedy of exclusion of evidence that is relevant and admissible, because it was obtained in the course of a Charter breach, then that refusal cannot be a jurisdictional error or an error in law. Accordingly, on that approach there can be no remedy whatever for a breach of a prisoner's Charter rights leading to a loss of statutory release. The reason is that if the National Parole Board is not a court of competent jurisdiction neither the Supreme Court of British Columbia nor the Federal Court, Trial Division, can say that there was an error in jurisdiction or an error in law in the National Parole Board failing to consider a question that it is not empowered to consider.

That result, on the basis of the reasoning of counsel for the National Parole Board, would put the prisoner

Charte puissent être tranchées dans le contexte où elles surgissent et, ainsi qu'il a déjà été mentionné, on évite le recours à une demande judiciaire longue et coûteuse. En rendant sa décision, la Commission constaterait les faits et établirait un dossier pour le bénéfice du tribunal d'appel. En outre, son expertise et sa compétence spécialisée pourraient s'avérer d'une aide inestimable en matière d'interprétation constitutionnelle, en particulier sur la question de savoir quand l'utilisation de preuves obtenues de façon inconstitutionnelle dans le processus de détermination de la libération conditionnelle peut déconsidérer l'administration de la justice.

La question de principe qui prime toutes les autres, toutefois, pour ce qui est de fonder la conclusion voulant que la Commission soit un tribunal compétent, est le fait que la Commission a compétence exclusive pour rendre une décision définitive sur le droit à la liberté d'un détenu en liberté conditionnelle. Je partage les vues du juge Lambert lorsqu'il conclut que, si la Commission n'est pas un tribunal compétent, le détenu en liberté conditionnelle est alors dépourvu de la protection prévue par la *Charte* relativement aux éléments de preuve obtenus de manière inconstitutionnelle (à la p. 440):

[TRADUCTION] L'avocat de la Commission nationale des libérations conditionnelles soutient avec fermeté que la Commission n'est pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24 de la Charte. S'il a raison, la Commission ne peut alors commettre d'erreur quant à sa compétence ou d'erreur de droit lorsqu'elle refuse de statuer sur l'opportunité d'accorder la réparation consistant à écarter des éléments de preuve pertinents et admissibles, obtenus en violation de la Charte. Il s'ensuit qu'il est impossible de réparer une atteinte aux droits garantis par la Charte entraînant la révocation de la libération d'office d'un prisonnier. Car si la Commission n'est pas un tribunal compétent, ni la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ni la Section de première instance de la Cour fédérale ne peuvent statuer qu'elle a commis une erreur quant à sa compétence ou une erreur de droit en n'examinant pas une question qu'elle n'est pas habilitée à examiner.

Le résultat auquel mène le raisonnement de l'avocat de la Commission empêcherait les garanties de la Charte

beyond the protection of the Charter in relation to evidence improperly obtained.

In my view it is wholly inconsistent with the principles of *Charter* interpretation enunciated by this Court on numerous occasions for a *Charter* right to exist without a citizen having access to a *Charter* remedy.

If the *Charter* is to be a robust and vigorous instrument for the protection of the rights of all Canadians and if *Charter* guarantees are to be meaningful and respected there must be access to a *Charter* remedy where rights have been violated. The broad and liberal interpretation of the *Charter* espoused by this Court requires at a minimum respect for what Lamer J. in *Mills* (at p. 894) termed "the basic proposition that there should *always* be a court of competent jurisdiction to award such relief as is just and appropriate in the circumstances" (emphasis in original). Access to a remedy should not be denied to a citizen simply because he is already under detention by the state. The *Charter's* benefits apply to everyone, including prisoners: see *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872.

The proposition that there must be a *Charter* remedy where rights have been violated applies with particular force to a tribunal which has the power to finally determine issues which substantially affect the liberty of an individual. The role of the National Parole Board cannot be compared to that of a preliminary inquiry judge whose only role is to determine whether there is a sufficiency of evidence to proceed to trial. Nor can it be compared to that of a statutory tribunal whose mandate is limited to the granting of civil remedies such as damages. It is much more directly analogous to that of a trial court judge, who, subject to appeal for errors of law or jurisdiction, can finally determine the liberty interest of an individual.

en matière de preuve irrégulièrement obtenues de s'appliquer au prisonnier.

À mon avis, l'existence d'un droit fondé sur la *Charte* sans possibilité de recours sous son régime va tout à fait à l'encontre des principes d'interprétation de la *Charte* que notre Cour a énoncés à maintes occasions.

Pour que la *Charte* soit un instrument vigoureux de protection des droits des Canadiens et pour que les garanties qu'elle énonce aient un sens et soient respectées, on doit pouvoir obtenir une réparation sous son régime en cas d'atteinte aux droits. Le principe de l'interprétation large et libérale de la *Charte* retenu par notre Cour exige à tout le moins le respect de ce que le juge Lamer a décrit, dans l'arrêt *Mills* (à la p. 894), comme «la proposition fondamentale qui veut qu'il y ait *toujours* un tribunal compétent à même d'accorder une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances» (en italique dans l'original). La possibilité d'obtenir réparation ne doit pas être refusée à un citoyen pour la simple raison qu'il est déjà en détention. Tous les citoyens, y compris les prisonniers, ont droit au même bénéfice de la *Charte*: voir *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

La proposition selon laquelle il doit y avoir réparation sous le régime de la *Charte* lorsque des droits ont été enfreints s'applique avec une force particulière à un tribunal administratif qui a le pouvoir de rendre des décisions définitives sur des questions ayant des répercussions considérables sur la liberté d'une personne. Le rôle de la Commission ne saurait se comparer à celui du juge président une enquête préliminaire, lequel se limite à déterminer si la preuve est suffisante pour justifier un procès. Il ne saurait non plus se comparer à celui d'un tribunal d'origine législative ayant exclusivement pour mandat de statuer sur des recours civils comme les demandes de dommages-intérêts. Il s'apparente beaucoup plus à celui d'un tribunal de première instance qui, sous réserve de la possibilité d'appel en cas d'erreur quant à la compétence ou d'erreur de droit, a le pouvoir de statuer de façon définitive sur le droit à la liberté d'une personne.

95

96

97

98

Sopinka J. seeks to minimize the impact of finding that the National Parole Board cannot grant a *Charter* remedy by noting that the parolee still enjoys the protection of the common law guarantee of procedural fairness. With respect, it cannot be assumed that the common law doctrine of procedural fairness is co-extensive with the guarantee of the “principles of fundamental justice” in the *Charter* which is echoed in the *Corrections and Conditional Release Act*.

Le juge Sopinka tente de minimiser les répercussions qu’aurait une décision concluant que la Commission ne peut accorder une réparation fondée sur la *Charte*, en signalant que le détenu en liberté conditionnelle jouit encore de la protection découlant de la garantie d’équité procédurale reconnue en common law. En toute déférence, j’estime qu’on ne peut présumer que cette garantie a la même portée que la garantie des «principes de justice fondamentale» de la *Charte* dont s’inspire la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

99

Procedural fairness is simply one aspect of the doctrine of natural justice which is applied at common law to administrative tribunals. This Court has consistently refused to restrict the substantive guarantee of fundamental justice in s. 7 to the procedural realm. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court was unanimous in finding that “‘fundamental justice’, as the term is used in the *Charter*, involves more than natural justice (which is largely procedural) and includes as well a substantive element”: *per* McIntyre J. at pp. 521-22. As Lamer J. writing for the majority elaborated at pp. 501-3:

L’équité procédurale n’est qu’un aspect de la théorie de la justice naturelle appliquée en common law aux tribunaux administratifs. Notre Cour a refusé avec constance de limiter au seul domaine procédural l’application de la garantie de fond énoncée à l’art. 7 relativement à la justice fondamentale. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a jugé à l’unanimité que «l’expression «justice fondamentale» utilisée dans la *Charte* vise plus que la justice naturelle (qui se rapporte surtout à la procédure) et comprend également un élément de fond»: le juge McIntyre, aux pp. 521 et 522. Et le juge Lamer, exprimant l’opinion majoritaire de la Cour, a écrit, aux pp. 501 à 503:

... I am of the view that it would be wrong to interpret the term “fundamental justice” as being synonymous with natural justice as the Attorney General of British Columbia and others have suggested. To do so would strip the protected interests of much, if not most, of their content and leave the “right” to life, liberty and security of the person in a sorely emaciated state. Such a result would be inconsistent with the broad, affirmative language in which those rights are expressed and equally inconsistent with the approach adopted by this Court toward the interpretation of *Charter* rights in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, *per* Estey J., and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

... j’estime qu’il serait erroné d’interpréter l’expression «justice fondamentale» comme synonyme de justice naturelle, comme le procureur général de la Colombie-Britannique et d’autres l’ont proposé. Ce faire aurait pour conséquence de dépouiller les intérêts protégés de tout leur sens ou presque et de laisser le «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne dans un état d’atrophie déplorable. Un tel résultat serait incompatible avec le style affirmatif et général dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette Cour a adopté, en ce qui concerne l’interprétation des droits garantis par la *Charte*, dans l’arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (le juge Estey), et dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

... 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

... 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

system. Such an approach to the interpretation of “principles of fundamental justice” is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

Thus, it seems to me that to replace “fundamental justice” with the term “natural justice” misses the mark entirely.

In the context of the admission of evidence, procedural fairness looks only to the use of evidence in the proceedings (*i.e.*, issues of reliability and relevancy), whereas the principles of fundamental justice require an examination of whether constitutional guarantees were respected in the manner in which the evidence was obtained.

Moreover, the mere fact that protections found in the common law may be substantially co-extensive with *Charter* protections is not sufficient justification for denying a citizen the opportunity to obtain a just and appropriate remedy for a *Charter* breach.

The *Charter* provides significant protections to Canadians and governs every aspect of the interaction between the state and the individual in Canada. The view that a citizen must be content with the protections offered by the common law in spite of *Charter* guarantees is a reactionary approach to constitutional rights which has not been endorsed by this Court.

Our constitutional jurisprudence has developed on the basis that the *Charter* should be given a broad and purposive interpretation. It is consistent with this view that a generous approach be taken to granting *Charter* remedies. Generally speaking, it is preferable to find tribunals capable of granting constitutional remedies where those lie within their statutory mandate. In the event that a tribunal errs in this regard, a court can correct the error. As La Forest J. points out, statutory tribunals “can

judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d’aborder l’interprétation de l’expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l’économie de l’art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu’à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l’art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

Il me semble donc que remplacer l’expression «justice fondamentale» par l’expression «justice naturelle» équivalait à passer complètement à côté de la question.

Dans le contexte de l’admission de la preuve, l’équité procédurale n’envisage que l’utilisation des éléments de preuve (c.-à-d., les questions de fiabilité et de pertinence), alors que les principes de justice fondamentale obligent à examiner si les méthodes d’obtention de la preuve respectent les garanties constitutionnelles.

De plus, le simple fait que des garanties accordées par la common law aient sensiblement la même portée que celles que prévoit la *Charte* ne constitue pas un motif suffisant de refuser à un citoyen la possibilité d’obtenir une réparation convenable et juste en cas de violation de la *Charte*.

La *Charte* renferme d’importantes garanties pour les Canadiens et régit chaque aspect des rapports entre l’État et le citoyen au Canada. L’opinion voulant qu’un citoyen doive se satisfaire des garanties de la common law en dépit de l’existence des garanties prévues par la *Charte* relève d’une vision réactionnaire des droits constitutionnels, que notre Cour n’a pas approuvée.

Notre jurisprudence constitutionnelle s’est développée à partir du principe qu’il faut donner à la *Charte* une interprétation large et fondée sur son objet. Il est donc conforme à ce principe d’avoir une approche généreuse à l’égard de l’octroi de réparations fondées sur la *Charte*. De façon générale, il est préférable de conclure à la capacité d’un tribunal administratif d’accorder une réparation constitutionnelle lorsque celle-ci est incluse dans son mandat. Si le tribunal se trompait dans l’exercice de ce pouvoir, une cour de justice pourrait corriger son erreur. Ainsi que le fait remarquer le juge La Forest, un tribunal d’origine législative

100

101

102

103

expect no curial deference with respect to constitutional decisions”: *Cuddy Chicks*, at p. 17.

(5) The U.S. Case Law

104 Sopinka J. finds support for not excluding evidence in the parole context from the decisions of ten of the federal circuit courts in the United States. In my view the U.S. decisions are of limited assistance in the resolution of this aspect of the appeal.

105 The different approaches taken to the exclusion of evidence under the U.S. Constitution and the *Charter* make it difficult to apply the U.S. cases in the Canadian context. Deterrence of police misconduct is a primary rationale for applying their exclusionary rule at trial: “The rule is calculated to prevent, not to repair. Its purpose is to deter — to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way — by removing the incentive to disregard it”: *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), at p. 217. The U.S. cases hold that there will be no further deterrence of police misconduct by excluding, from the parole procedure, evidence which was excluded at trial: *United States ex rel. Sperling v. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (2d Cir. 1970); *United States v. Winsett*, 518 F.2d 51 (9th Cir. 1975).

106 The American jurisprudence is not analogous and has to be distinguished from the Canadian approach under s. 24(2) by which unconstitutionally obtained evidence is to be excluded only if the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into further disrepute. As this Court held in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 280-81:

Misconduct by the police in the investigatory process often has some effect on the repute of the administration of justice, but s. 24(2) is not a remedy for police mis-

«ne peut s’attendre à aucune retenue judiciaire à l’égard de ses décisions en matière constitutionnelle»: *Cuddy Chicks*, à la p. 17.

(5) La jurisprudence américaine

Le juge Sopinka s’appuie pour ne pas permettre l’exclusion d’éléments de preuve en matière de libération conditionnelle sur des décisions rendues par dix des cours de circuit des États-Unis. Selon moi, les décisions américaines ne sont pas d’un grand secours pour résoudre cet aspect du pourvoi.

La jurisprudence américaine peut difficilement être appliquée dans le contexte canadien en raison des démarches différentes adoptées en matière d’exclusion d’éléments de preuve dans le cadre de la Constitution américaine et dans celui de la *Charte*. Aux États-Unis, la règle d’exclusion au procès est utilisée principalement pour décourager la conduite inacceptable de la police: [TRADUCTION] «Cette règle est conçue pour prévenir et non pour guérir. Elle a pour objet de dissuader — forcer le respect de la garantie constitutionnelle de la seule manière efficace disponible — en faisant disparaître ce qui incite à ne pas en tenir compte»: *Elkins c. United States*, 364 U.S. 206 (1960), à la p. 217. Les décisions américaines établissent que l’objectif de dissuader la conduite inacceptable de la police n’est plus servi par l’exclusion, au cours de l’instance en matière de libération conditionnelle, d’éléments de preuve qui ont été exclus au procès: *United States ex rel. Sperling c. Fitzpatrick*, 426 F.2d 1161 (2d Cir. 1970); *United States c. Winsett*, 518 F.2d 51 (9th Cir. 1975).

Il y a donc lieu de faire une distinction d’avec la jurisprudence américaine, qui est différente de la jurisprudence canadienne élaborée relativement au par. 24(2), selon laquelle des éléments de preuve obtenus par des méthodes inconstitutionnelles doivent être écartés seulement si leur utilisation est susceptible de déconsidérer davantage l’administration de la justice. Ainsi que notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 280 et 281:

La conduite inacceptable de la police au cours de l’enquête a souvent un effet sur la considération dont jouit l’administration de la justice, mais le par. 24(2) n’offre

conduct, requiring the exclusion of the evidence if, because of this misconduct, the administration of justice was brought into disrepute. Section 24(2) could well have been drafted in that way, but it was not. Rather, the drafters of the *Charter* decided to focus on the admission of the evidence in the proceedings, and the purpose of s. 24(2) is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings. This further disrepute will result from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing, or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory or prosecutorial agencies. [Emphasis added.]

The United States approach does admit of an important exception to the non-application of the exclusionary rule in the context of parole revocation. A number of circuit courts have suggested that an exception should be made where the parolee is singled out as the subject of official harassment or in circumstances giving rise to an abuse of the parole process. The cases note that if the police or parole officers are aware that the fruits of an illegal search, while inadmissible at a criminal trial, can be relied upon for parole revocation purposes, this may encourage constitutional violations. As parole revocation can, in some cases, lead to a return to prison for a substantial period of time, it may present an "alternative to federal trial on the new charges": *United States v. Workman*, 585 F.2d 1205 (1978), at p. 1211.

Admission of unconstitutionally obtained evidence in a parole revocation hearing could provide an incentive for the police to achieve indirectly what they cannot obtain directly by unconstitutional conduct: the return of the parolee to prison. As the Ninth Circuit noted in *United States v. Winsett*, *supra*, at p. 54, fn. 5:

... when the police at the moment of search know that a suspect is a probationer, they may have a significant

pas une réparation à l'égard de la conduite inacceptable de la police en imposant l'exclusion de la preuve si, à cause de cette conduite, l'administration de la justice était déconsidérée. Le paragraphe 24(2) aurait pu être rédigé en ces termes, mais ce n'est pas le cas. Les rédacteurs de la *Charte* ont par contre décidé de s'attaquer à l'utilisation de la preuve dans l'instance et le but du par. 24(2) est d'empêcher que cette utilisation ne déconsidère encore plus l'administration de la justice. Cette déconsidération additionnelle découlera de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite. [Je souligne.]

La jurisprudence américaine prévoit cependant une exception importante à l'inapplicabilité de la règle de l'exclusion dans les cas de révocation de la libération conditionnelle. Certaines cours de circuit ont laissé entendre qu'il faudrait établir une exception lorsqu'un détenu en liberté conditionnelle fait l'objet de harcèlement de la part des autorités ou lorsqu'il existe des circonstances faisant craindre un abus du processus de libération conditionnelle. Elles ont souligné que si la police ou les agents de liberté conditionnelle savent que les résultats d'une fouille ou perquisition illégale, qui sont inadmissibles au procès pénal, peuvent être utilisés pour obtenir la révocation de la libération conditionnelle, cela pourra inciter à la violation des règles constitutionnelles. Puisque cette révocation peut, dans certains cas, entraîner un retour en prison pour une longue période, la violation peut représenter [TRADUCTION] «une solution de rechange au procès fédéral relativement aux nouvelles accusations»: *United States c. Workman*, 585 F.2d 1205 (1978), à la p. 1211.

L'admission au cours d'une audience en révocation de libération conditionnelle d'éléments de preuve obtenus par des méthodes inconstitutionnelles pourrait inciter la police à accomplir indirectement ce qu'elle ne peut faire directement: remettre en prison un détenu jouissant d'une liberté conditionnelle. Comme l'a fait remarquer la Ninth Circuit Court dans l'affaire *United States c. Winsett*, précité, à la p. 54, note 5:

[TRADUCTION] ... lorsque la police sait, au moment de la fouille ou perquisition, que le suspect est en proba-

107

108

incentive to carry out an illegal search even though knowing that evidence would be inadmissible in any criminal proceeding. The police have nothing to risk: If the motion to suppress in the criminal proceedings were denied, defendant would stand convicted of a new crime; and if the motion were granted, the defendant would still find himself behind bars due to revocation of probation. Thus, in such circumstances, extension of the exclusionary rule to the probation revocation proceeding may be necessary to effectuate Fourth Amendment safeguards.

109

The United States jurisprudence was raised in the submissions of the Attorney General for Ontario. The position urged by that intervener was not that the U.S. approach supports depriving a parolee of the opportunity to raise a *Charter* right and seek an exclusionary remedy in a parole proceeding. The American approach is that it would be a rare situation where the admission of unconstitutionally obtained evidence would bring the administration of justice into disrepute. In its factum, Ontario submits at para. 33:

The Attorney General submits that an appropriate standard for exclusion would arise where consideration of the information, in all of the circumstances, would condone a flagrant breach of the *Charter* designed specifically to undermine the parole process. The United States cases demonstrate that there will be such rare situations. For example, where law enforcement officials single out an individual and partake in a serious violation of the parolee's *Charter* rights, knowing that this information will be inadmissible in Court, but seeking to rely on it solely for the purpose of achieving a revocation of parole, it may be appropriate for the Court to "dissociate itself" from such conduct. In such a situation, it can not be said that the parole officials were engaged in furthering the rehabilitation goals of parole supervision. Indeed, in such a situation the official misconduct is directed at an abuse of the parole process. In this regard, that small part of the "administration of justice" over which the Parole Board is responsible is what is being brought into disrepute, and it may be appropriate for the Board to remedy the situation by refusing to consider the information. [Emphasis added.]

tion, elle peut être fortement tentée de procéder à une perquisition illégale même si elle sait que les éléments de preuve obtenus sont inadmissibles dans le cadre d'une poursuite pénale. Elle n'a rien à perdre: si la requête visant à exclure ces éléments est rejetée, le défendeur est déclaré coupable d'un nouveau crime, et si elle est accueillie, il se retrouve en prison par suite de la révocation de sa probation. C'est pourquoi il peut être nécessaire, dans de telles circonstances, d'élargir la règle de l'exclusion au processus de révocation de la probation pour donner effet aux garanties prévues par le Quatrième amendement.

Le procureur général de l'Ontario a invoqué la jurisprudence américaine dans son argumentation. La position défendue par cet intervenant n'est pas que la démarche américaine appuie, dans une instance relative à la libération conditionnelle, le refus de la possibilité pour le détenu d'invoquer un droit garanti par la *Charte* et de demander réparation sous la forme d'une exclusion de preuves. La position américaine est plutôt qu'il arrivera rarement que l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de la Constitution soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. On peut lire au par. 33 de son mémoire:

[TRADUCTION] Le procureur général fait valoir qu'il y aurait motif à exclusion lorsque la prise en considération de l'information, compte tenu de l'ensemble des circonstances, reviendrait à fermer les yeux sur une violation flagrante de la *Charte* visant expressément à faire échouer le processus de libération conditionnelle. La jurisprudence américaine démontre que cette situation, bien que rare, peut se produire. Par exemple, lorsque des responsables de l'application de la loi prennent part à une violation grave des droits d'un détenu en liberté conditionnelle en particulier, sachant que l'information recueillie sera inadmissible devant les tribunaux, dans le seul but de l'utiliser pour faire révoquer sa libération conditionnelle, il peut s'avérer approprié qu'un tribunal «se dissocie» de cette conduite. Dans une telle situation, on ne peut conclure que les agents de libération conditionnelle cherchaient à atteindre les objectifs de réadaptation poursuivis par la surveillance qu'ils doivent exercer. En fait, leur inconduite visait alors à abuser du processus de libération conditionnelle. Dans ce contexte, c'est la petite partie de l'«administration de la justice» qui relève de la Commission des libérations conditionnelles qui est déconsidérée, et il peut être opportun que la Commission corrige la situation en refusant de tenir compte de l'information. [Je souligne.]

I agree. When read as a whole, the United States cases establish that exclusion of unconstitutionally obtained evidence should be limited to circumstances where there has been an abuse of the parole process. In Canada, the s. 24(2) test of whether admission of the evidence in all the circumstances would bring the administration of justice into disrepute allows for exactly the type of nuanced approach favoured by the U.S. courts.

(6) The Test to be Applied Under Section 24(2)

In my opinion there is a need to preserve the right of a parolee to seek the exclusion of evidence from consideration by the National Parole Board on the ground that it was obtained in a manner which was an abuse of the parole process and that the consideration of such evidence would bring the part of the administration of justice over which the Parole Board presides into disrepute. On the other hand, in practice, such exclusion of evidence will be rare.

The test of bringing the administration of justice into disrepute in s. 24(2) is flexible and designed to allow specific exclusionary principles to be developed in the particular context in which the evidence is being received.

Concern for public safety lies at the heart of the Parole Board's mandate. Its statutory requirement is that it consider all relevant information in its determinations, and the guilt or innocence of the parolee is not in issue. Given these considerations it would be an unusual circumstance where the admission of evidence obtained contrary to *Charter* principles in the parole context would bring the administration into disrepute.

A threatened abuse of the parole process in violation of s. 7 of the *Charter* would likely be such a situation, a view which is consistent with the Board's statutory mandate to make their considerations in accordance with the "principles of fundamental justice". This limited basis for exclusion

Je suis d'accord. Considérée dans son ensemble, la jurisprudence américaine établit que l'exclusion d'éléments de preuve obtenus de manière inconstitutionnelle devrait être limitée aux cas où il y a eu abus du processus de libération conditionnelle. Au Canada, le critère fondé sur le par. 24(2) visant à déterminer si l'utilisation des éléments de preuve, compte tenu de l'ensemble des circonstances, est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, permet exactement la démarche nuancée mise de l'avant par les tribunaux américains.

(6) Le critère à appliquer relativement au par. 24(2)

J'estime qu'il faut préserver le droit d'un détenu en liberté conditionnelle de demander à la Commission qu'elle écarte des éléments de preuve parce qu'ils ont été obtenus par suite d'un abus du processus de libération conditionnelle et que leur utilisation déconsidérerait la portion de l'administration de la justice qui relève de la Commission. Je crois, cependant, que ce type d'exclusion, en pratique, sera rarement appliqué.

Le critère de la déconsidération de l'administration de la justice prévu au par. 24(2) est souple et vise l'élaboration de principes d'exclusion particuliers applicables dans le contexte où les éléments de preuve sont reçus.

La sécurité publique est au cœur du mandat de la Commission. La loi l'oblige à prendre en considération tout renseignement pertinent dans l'exercice de son pouvoir décisionnel; la culpabilité ou l'innocence du détenu en liberté conditionnelle n'est pas en jeu. Vu ces facteurs, il arrivera rarement que l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en contravention de la *Charte* puisse, dans le contexte de la libération conditionnelle, déconsidérer l'administration de la justice.

Un risque d'abus du processus de libération conditionnelle contraire à l'art. 7 de la *Charte* constituerait vraisemblablement une telle situation. Cette position est conforme au mandat que la Commission tient de la loi de rendre ses décisions en observant les «principes de justice fondamentale». En

110

111

112

113

114

protects the right of a parolee to rely upon the constitutional guarantees and obtain an effective remedy while also providing an appropriate contextualization to the particular role of the Parole Board whose paramount concern is public safety.

III. Conclusion

115 After a consideration of the principles enunciated in the prior cases of this Court, and an examination of the governing statute and the role which the Parole Board is intended to fulfil in the broader context of the “administration of justice”, I conclude that the National Parole Board is a “court of competent jurisdiction” for the purposes of a s. 24(2) exclusion of evidence from its deliberations.

116 The Parole Board meets the tripartite *Mills* criteria, its statutory mandate specifically contemplates that it make its decisions in accordance with *Charter* principles, and policy considerations militate in favour of recognizing this body, which has the right to finally determine a liberty interest, as a court of competent jurisdiction to grant a just and appropriate *Charter* remedy. I therefore conclude that the majority of the British Columbia Court of Appeal was correct to hold that the National Parole Board is a court of competent jurisdiction for the purposes raised on this appeal and would dismiss the appeal.

IV. Remedy

117 I am in agreement with both parties that Lambert J.A., on behalf of the court below, misconceived the nature of *certiorari* in aid of *habeas corpus* believing it to be necessary to quash the decision of the National Parole Board. Only the Federal Court has jurisdiction to grant *certiorari* as a remedy with respect to a decision of the National Parole Board. *Certiorari* in aid of *habeas corpus* is the means by which a reviewing court may obtain the evidentiary record for the purpose of determining an application for *habeas corpus*: see *Re Cardinal and Oswald and the Queen* (1982), 67

faisant reposer l'exclusion sur ce fondement restreint, on protège le droit d'un détenu en liberté conditionnelle d'invoquer les garanties constitutionnelles et d'obtenir une réparation efficace tout en plaçant le rôle de la Commission, dont la préoccupation première est la sécurité publique, dans le contexte qui lui convient.

III. Conclusion

Après avoir examiné les principes énoncés dans les arrêts antérieurs de notre Cour, la loi applicable et le rôle que la Commission est appelée à jouer dans le cadre plus large de l'«administration de la justice», je conclus qu'elle est un «tribunal compétent» pour les fins de l'exclusion, sous le régime du par. 24(2), d'éléments de preuve soumis à son appréciation.

La Commission satisfait au critère à trois volets élaboré dans l'arrêt *Mills*, le mandat qu'elle a reçu de la loi prévoit expressément qu'elle doit rendre ses décisions en conformité avec les principes énoncés dans la *Charte*, et des considérations de principe militent en faveur de la reconnaissance de cet organisme, qui peut statuer de façon définitive sur le droit à la liberté d'une personne, comme tribunal compétent aux fins de l'octroi d'une réparation convenable et juste sous le régime de la *Charte*. Je conclus donc que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a correctement jugé que la Commission est un tribunal compétent pour les fins décrites dans le présent pourvoi, que je suis d'avis de rejeter.

IV. Réparation

Je conviens avec les deux parties que le juge Lambert, rendant jugement pour la Cour d'appel, n'a pas bien compris la nature de l'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire en estimant qu'il était nécessaire d'annuler la décision de la Commission. Seule la Cour fédérale a compétence pour accorder un bref de *certiorari* visant une décision de la Commission. L'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire est le moyen par lequel les tribunaux siégeant en révision peuvent obtenir le dossier de la preuve afin de statuer sur une demande d'*habeas corpus*: *Re Cardinal and Oswald and the Queen*

C.C.C. (2d) 252 (B.C.C.A.), at pp. 269-70, rev'd on other grounds [1985] 2 S.C.R. 643 (*sub nom. Cardinal v. Director of Kent Institution*).

This appeal arose from an application for *habeas corpus*. Once it is determined that the respondent was unlawfully detained owing to the failure of the National Parole to exercise its jurisdiction to determine the constitutional issue raised by the respondent, the respondent is entitled to request the court to grant a writ of *habeas corpus* to relieve him from unlawful detention. However the court retains the discretion at common law not to issue a writ of *habeas corpus* but rather to direct that the constitutional challenge be remitted back to the tribunals for a determination on the merits: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 701 *per* Lamer C.J. In my view, in most instances the appropriate remedy would be an order remitting the matter back to the National Parole Board for a further hearing.

V. Disposition

In the particular circumstances of this case in which the respondent's sentence has already expired I agree with Sopinka J. that the National Parole Board is *functus officio*. I would therefore uphold that portion of the order of the British Columbia Court of Appeal which granted the writ of *habeas corpus*.

Appeal allowed, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: George Thomson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Jeffrey R. Ray, New Westminster, B.C.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

(1982), 67 C.C.C. (2d) 252 (C.A.C.-B.), aux pp. 269 et 270, inf. pour d'autres motifs par [1985] 2 R.C.S. 643 (*sub nom. Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*).

Le présent pourvoi découle d'une demande d'*habeas corpus*. Une fois établi le fait que l'intimé a été illégalement détenu parce que la Commission n'a pas exercé sa compétence relativement à la question constitutionnelle qu'il a soulevée, l'intimé a le droit de demander un bref d'*habeas corpus* pour mettre fin à la détention illégale. Toutefois, la common law prévoit que le tribunal saisi de la demande conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder ce bref mais d'ordonner plutôt que le litige constitutionnel soit renvoyé au tribunal administratif pour qu'il rende une décision au fond: *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, à la p. 701, le juge en chef Lamer. Dans la plupart des cas, selon moi, la réparation convenable consisterait en une ordonnance renvoyant la question à la Commission pour la tenue d'une autre audition.

V. Dispositif

Dans les circonstances particulières de l'espèce, où la peine imposée à l'intimé est déjà arrivée à son terme, je partage l'avis du juge Sopinka voulant que la Commission est dessaisie de ses pouvoirs. Je maintiendrais donc la partie de l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique accordant le bref d'*habeas corpus*.

Pourvoi accueilli, les juges MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

Procureur des appelants: George Thomson, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Jeffrey R. Ray, New Westminster (C.-B.).

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Calhoun Edwards *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. EDWARDS

File No.: 24297.

1995: June 1; 1996: February 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence — Admissibility — Search of apartment of third party — Real evidence seized and admitted — Whether or not accused can challenge admission of evidence obtained as a result of a search of third party's premises — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

The accused was convicted of possession of drugs for purposes of trafficking. He had been suspected of drug dealing out of his car using a cellular phone and of keeping the drugs at his residence or at his girlfriend's apartment. The police arrested him on a traffic offence. Two officers later called at his girlfriend's apartment and gained her cooperation through a number of statements, some of which were lies and half-truths — the evidence was conflicting as to whether they were made before or after the officers were admitted to the apartment. Once inside, the accused's girlfriend directed them to the location of a significant cache of drugs. She was arrested a short time later but the charges against her were later dropped. At no time prior to being taken into custody was she advised of her right to refuse entry to the police or of her right to counsel. At the police station, she gave a statement naming the accused as the person who put the drugs in her apartment. At trial and on appeal, the accused denied being the owner of the drugs. The accused's appeal from conviction was dismissed with a dissenting opinion which found a reasonable expectation of privacy giving rise to the possibility of an infringement of his s. 8 *Charter* rights against

Calhoun Edwards *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. EDWARDS

N° du greffe: 24297.

1995: 1^{er} juin; 1996: 8 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve — Admissibilité — Perquisition dans l'appartement d'un tiers — Preuve matérielle saisie et admise — Un accusé peut-il contester l'admission d'éléments de preuve obtenus par suite d'une perquisition dans les lieux occupés par un tiers? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

L'accusé a été déclaré coupable de possession de drogue en vue d'en faire le trafic. Il avait été soupçonné de faire le trafic de drogue à partir de sa voiture au moyen d'un téléphone cellulaire, et de garder de la drogue chez lui ou à l'appartement de son amie. La police l'a arrêté relativement à une infraction au code de la route. Deux policiers se sont présentés à l'appartement de l'amie de l'accusé et ont obtenu sa collaboration en lui faisant un certain nombre de déclarations, certaines mensongères, d'autres à moitié vraies — la preuve était contradictoire quant à savoir si ces déclarations avaient été faites avant ou après que les policiers eurent été admis dans l'appartement. Dès qu'ils furent entrés, l'amie de l'accusé leur a indiqué l'endroit où était cachée une importante quantité de drogue. Elle a été arrêtée peu après, mais les accusations portées contre elle ont été retirées par la suite. À aucun moment avant d'être mise sous garde n'a-t-elle été informée de son droit de refuser l'entrée à la police ou de recourir à l'assistance d'un avocat. Au poste de police, elle a fait une déclaration dans laquelle elle a désigné l'accusé comme étant celui qui avait placé la drogue dans son appartement. Au procès et en appel, l'accusé a nié être le propriétaire de la drogue. L'appel qu'il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité a été rejeté, avec dissidence de la part d'un juge qui a conclu à l'existence chez l'accusé

unreasonable search or seizure. The appeal as of right to this Court was limited to this issue.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Several principles pertain to the s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure. A claim for relief under s. 24(2) of the *Charter* can only be made by the person whose *Charter* rights have been infringed. Like all *Charter* rights, s. 8 is a personal right. It protects people and not places. The right to challenge the legality of a search depends upon whether the accused had a reasonable expectation of privacy, and if so, whether the search by the police was conducted reasonably. A reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances. The factors to be considered may include: (i) presence at the time of the search; (ii) possession or control of the property or place searched; (iii) ownership of the property or place; (iv) historical use of the property or item; (v) the ability to regulate access; (vi) the existence of a subjective expectation of privacy; and (vii) the objective reasonableness of the expectation. If an accused person establishes a reasonable expectation of privacy, the inquiry must proceed to the second stage to determine whether the search was conducted in a reasonable manner.

The accused had no privacy interest in the goods seized as he had denied that the drugs were his. He demonstrated no expectation of privacy in his girlfriend's apartment which was the only other relevant privacy interest. His girlfriend described him as "just a visitor" who stayed over occasionally. He contributed nothing to the rent or household expenses and had no authority to regulate access to the premises.

The police conduct did not affect a personal right of the accused. It was accordingly not necessary to consider whether the accused could contest the admissibility of the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* or

d'une attente raisonnable en matière de vie privée de sorte qu'il pouvait y avoir eu violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, que lui garantissait l'art. 8 de la *Charte*. C'est à cette question que se limite le pourvoi de plein droit devant notre Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Il existe plusieurs principes quant au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, garanti par l'art. 8. Une demande de réparation fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* ne peut être présentée que par la personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. Comme tous les droits garantis par la *Charte*, l'art. 8 est un droit personnel. Il protège les personnes et non les lieux. Le droit d'attaquer la légalité d'une fouille ou perquisition dépend de la question de savoir si l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée et, dans l'affirmative, si la fouille ou la perquisition a été effectuée de façon raisonnable par la police. L'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances. Les facteurs qui peuvent être pris en considération incluent notamment: (i) la présence au moment de la perquisition, (ii) la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition, (iii) la propriété du bien ou du lieu, (iv) l'usage historique du bien ou de l'article, (v) l'habilité à régir l'accès au lieu, (vi) l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée, et (vii) le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif. Si l'accusé établit l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut alors, dans un deuxième temps, déterminer si la perquisition ou la fouille a été effectuée de façon raisonnable.

L'accusé n'avait aucun droit à la vie privée relativement aux biens saisis puisqu'il avait nié que la drogue lui appartenait. L'accusé n'a pas établi le seul autre droit pertinent en matière de vie privée, à savoir qu'il pouvait s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de son amie. L'amie de l'accusé a dit qu'il «n'était qu'un visiteur» qui restait chez elle à l'occasion. Il ne contribuait pas au paiement du loyer ou des dépenses du ménage, et n'avait pas le pouvoir de régir l'accès à l'appartement.

La conduite des policiers n'a porté atteinte à aucun droit personnel de l'accusé. Il était donc inutile de se demander si l'accusé pouvait contester l'admissibilité des éléments de preuve conformément au par. 24(2) de

whether the accused's girlfriend did in fact consent to the search of her apartment.

The reasonable expectation of privacy concept has worked well in Canada. It has proved to be reasonable, flexible, and viable and should not be abandoned in favour of the discredited rule of automatic standing.

Per La Forest J.: While concurring with the majority in the result, disagreement with their reasons was expressed on the ground that their effect was to diminish drastically the public's interest in being left alone, guaranteed by s. 8 of the *Charter*, in a manner inconsistent with previous statements of this Court, which were not addressed in argument.

The appeal should be dismissed because it is not properly before the Court as of right. The dissent in the Court of Appeal dealt only with whether, on the facts as found by the trial judge, the accused had a reasonable expectation of privacy in his girlfriend's apartment. The formal order cannot be read as expanding the basis of the dissent which is quite explicit. Standing raises a separate issue. The unsatisfactory state of the factual findings, which at best indicate a constructive break-in of the accused's girlfriend's apartment, makes this an unsuitable case to deal with broad issues regarding the ambit of the protection accorded the public under s. 8 of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons and result of Cory J. were substantially agreed with. The issue of the relevance of a breach of a third-party *Charter* right, however, did not arise in this case as this was an appeal as of right. The dissent in the Court of Appeal dealt only with whether, on the findings of the trial judge, the accused had a reasonable expectation of privacy in his girlfriend's apartment. The formal order cannot be read as expanding the basis of the dissent on the issue of standing as the reasons of the dissent are very explicit. Standing is quite a separate argument which was not dealt with in the Court of Appeal judgment.

Per Gonthier J.: The appeal should be dismissed as not properly before the Court as of right. The dissent in the Court of Appeal was as to whether the accused had a

la *Charte*, ou si son amie a effectivement consenti à ce qu'une perquisition soit effectuée dans son appartement.

La notion d'attente raisonnable en matière de vie privée a donné de bons résultats au Canada. Elle s'est avérée raisonnable, souple et viable, et ne devrait pas être abandonnée au profit de la règle discréditée de la reconnaissance automatique de la qualité pour agir.

Le juge La Forest: Il y accord avec la conclusion des juges formant la majorité, mais désaccord avec les motifs qu'ils ont exposés parce qu'ils ont pour effet de diminuer gravement le droit de ne pas être importuné, que l'art. 8 de la *Charte* garantit au public, et ce, d'une manière incompatible avec des énoncés antérieurs de notre Cour, qui n'ont pas été abordés dans les plaidoiries.

Le pourvoi devrait être rejeté parce qu'il n'y avait, en l'espèce, aucun droit d'appel de plein droit. La dissidence en Cour d'appel porte uniquement sur la question de savoir si, d'après les conclusions de fait du juge du procès, l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de son amie. Le dispositif ne peut s'interpréter comme étendant le motif de dissidence qui est fort explicite. La qualité pour agir est une question distincte. En raison de l'insuffisance des conclusions de fait qui, au mieux, indiquent l'existence d'un cas d'introduction par effraction «par imputation» dans l'appartement de l'amie de l'accusé, l'affaire ne se prête pas à l'examen de questions générales concernant l'étendue de la protection accordée au public en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y accord, pour l'essentiel, avec les motifs du juge Cory et avec le résultat auquel il arrive. Cependant, la question de la pertinence de traiter de la violation des droits d'un tiers garantis par la *Charte* ne se pose pas puisqu'il s'agit d'un pourvoi de plein droit. La dissidence en Cour d'appel porte uniquement sur la question de savoir si, d'après les conclusions du juge du procès, l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de son amie. Le dispositif ne peut s'interpréter comme étendant le fondement de la dissidence à la question de la qualité pour agir puisque les motifs de la dissidence sont fort explicites. La qualité pour agir constitue un argument tout à fait distinct qui n'a pas été traité dans l'arrêt de la Cour d'appel.

Le juge Gonthier: Le pourvoi devrait être rejeté parce qu'il n'y avait, en l'espèce, aucun droit d'appel de plein droit. La dissidence, en Cour d'appel, portait sur la question de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Il y a accord avec la

reasonable expectation of privacy. The views of Cory J. that he did not were shared.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; **referred to:** *R. v. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980); *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969); *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978); *United States v. Salvucci*, 448 U.S. 83 (1980); *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *United States v. Gomez*, 16 F.3d 254 (1994); *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960).

By La Forest J.

Considered: *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; **referred to:** *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 9, 10, 11, 24.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 217(2).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4(2).

Authors Cited

Amsterdam, Anthony G. "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.
Dawe, Jonathan. "Standing to Challenge Searches and Seizures Under the Charter: The Lessons of the American Experience and Their Application to Canadian Law" (1993), 52 *U.T. Fac. L. Rev.* 39.

réponse négative que le juge Cory donne à cette question.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Rawlings c. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980); *Alderman c. United States*, 394 U.S. 165 (1969); *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978); *United States c. Salvucci*, 448 U.S. 83 (1980); *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *United States c. Gomez*, 16 F.3d 254 (1994); *Jones c. United States*, 362 U.S. 257 (1960).

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; **arrêts mentionnés:** *Jones c. United States*, 362 U.S. 257 (1960); *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 9, 10, 11, 24.
Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 217(2).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(2).

Doctrine citée

Amsterdam, Anthony G. «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.
Dawe, Jonathan. «Standing to Challenge Searches and Seizures Under the Charter: The Lessons of the American Experience and Their Application to Canadian Law» (1993), 52 *U.T. Fac. L. Rev.* 39.

Doernberg, Donald L. "«The Right of the People»: Reconciling Collective and Individual Interests Under the Fourth Amendment" (1983), 58 *N.Y.U. L. Rev.* 259.

Dworkin, Roger B. "Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering" (1973), 48 *Ind. L.J.* 329.

Macdonald, David A., Jr. "Standing to Challenge Searches and Seizures: A Small Group of States Chart Their Own Course" (1990), 63 *Temp. L. Rev.* 559.

The Oxford English Dictionary, vol. 12, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989, "privacy".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 91 C.C.C. (3d) 123, 19 O.R. (3d) 239, 22 C.R.R. (2d) 29, 73 O.A.C. 55, 34 C.R. (4th) 113, dismissing an appeal from conviction by Downie Prov. J. Appeal dismissed.

Keith E. Wright and Peter B. Hambly, for the appellant.

Robert W. Hubbard and Joseph DeFilippis, for the respondent.

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

Doernberg, Donald L. ««The Right of the People»: Reconciling Collective and Individual Interests Under the Fourth Amendment» (1983), 58 *N.Y.U. L. Rev.* 259.

Dworkin, Roger B. «Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering» (1973), 48 *Ind. L.J.* 329.

Macdonald, David A., Jr. «Standing to Challenge Searches and Seizures: A Small Group of States Chart Their Own Course» (1990), 63 *Temp. L. Rev.* 559.

The Oxford English Dictionary, vol. 12, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989, «privacy».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 91 C.C.C. (3d) 123, 19 O.R. (3d) 239, 22 C.R.R. (2d) 29, 73 O.A.C. 55, 34 C.R. (4th) 113, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Downie de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Keith E. Wright et Peter B. Hambly, pour l'appelant.

Robert W. Hubbard et Joseph DeFilippis, pour l'intimée.

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

LE JUGE CORY — Quels droits un accusé a-t-il de contester l'admission d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une perquisition dans les lieux occupés par un tiers? Telle est la question à laquelle il faut répondre en l'espèce.

Factual Background

As a result of receiving information that the appellant was a drug trafficker operating out of his car using a cellular phone and a pager, the police placed him under surveillance. They were told that he had drugs either on his person, at his residence or at the apartment occupied by his girlfriend, Shelly Evers. At the time, Ms. Evers was an 18-year-old student in grade 11 who lived alone.

Les faits

Après avoir été informée que l'appelant était un trafiquant de drogue qui opérait à partir de sa voiture au moyen d'un téléphone cellulaire et d'un téléavertisseur, la police a placé l'appelant sous surveillance. On lui avait dit qu'il avait de la drogue sur lui, à sa résidence ou à l'appartement occupé par son amie, Shelly Evers. À l'époque, M^{me} Evers était une étudiante de onzième année, âgée de 18 ans, qui habitait seule.

On the day of his arrest, the police observed the appellant drive Ms. Evers' vehicle from a residence to her apartment. The appellant entered the apartment and stayed there for a brief period of time. Shortly after he left, he was stopped by the police. They knew his driver's licence was under suspension and that a person driving while his or her licence is under suspension may be arrested without a warrant (pursuant to the provisions of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 217(2)).

The police saw the appellant speaking on the cellular phone in the car. When they approached the vehicle, they saw the appellant swallow an object wrapped in cellophane about half the size of a golf ball. The car doors were locked, and the appellant did not unlock them until he had swallowed the object. He was arrested for driving while his licence was under suspension and taken into custody. Evers' car was then towed to the vehicle pound.

It was conceded that the usual practice upon arresting a person for driving while under suspension was to impound the car and give the individual a ticket. It was unusual to take someone into custody and it was acknowledged that this procedure was adopted in order to facilitate the drug investigation.

The police suspected that there might be crack cocaine in Ms. Evers' apartment, but they did not consider that they had sufficient evidence to obtain a search warrant. After taking the appellant into custody, two police officers attended at the apartment. They made a number of statements to Evers, some of which were lies and others half-truths, in order to obtain her cooperation. They advised her: (1) that the appellant had told them there were drugs in the apartment; (2) that if she did not cooperate, a police officer would stay in her apartment until they were able to get a search warrant; (3) that it would be inconvenient for them to get a search warrant because of the paperwork involved; and (4) that one of the officers would be going on vacation the following day and regardless of what

Le jour où ils l'ont arrêté, les policiers ont vu l'appelant quitter une résidence pour se rendre à l'appartement de M^{me} Evers au volant de la voiture de cette dernière. L'appelant est entré dans l'appartement et y est resté pendant un court moment. Les policiers l'ont interpellé peu après son départ. Ils savaient que son permis de conduire était suspendu et que la personne qui conduit un véhicule, alors que son permis est suspendu, peut faire l'objet d'une arrestation sans mandat (conformément au par. 217(2) du *Code de la route*, L.R.O. 1990, ch. H.8).

Les policiers ont vu l'appelant utiliser son téléphone cellulaire dans la voiture. Lorsqu'ils se sont approchés du véhicule, ils l'ont vu avaler un objet enveloppé dans de la cellophane et dont la taille équivalait environ à la moitié d'une balle de golf. Les portières étaient verrouillées et l'appelant ne les a déverrouillées qu'après avoir avalé l'objet. Arrêté pour avoir conduit alors que son permis était suspendu, il a été mis sous garde. La voiture de M^{me} Evers a ensuite été remorquée jusqu'à la fourrière.

Il a été admis que, dans le cas de l'arrestation d'une personne pour conduite alors que son permis est suspendu, on avait l'habitude de confisquer la voiture et de remettre une contravention. La mise sous garde était inhabituelle en pareil cas et on a reconnu y avoir eu recours pour faciliter l'enquête sur la drogue.

La police soupçonnait la présence de crack dans l'appartement de M^{me} Evers, mais elle estimait ne pas disposer d'éléments de preuve suffisants pour obtenir un mandat de perquisition. Après avoir mis l'appelant sous garde, deux policiers se sont présentés à l'appartement. Dans le but d'obtenir la collaboration de M^{me} Evers, ils lui ont fait un certain nombre de déclarations, certaines mensongères, d'autres à moitié vraies. Ils lui ont dit (1) que l'appelant les avait informés qu'il y avait de la drogue dans l'appartement, (2) que si elle ne collaborait pas, un policier resterait dans son appartement jusqu'à ce qu'un mandat de perquisition puisse être obtenu, (3) que l'obtention d'un mandat supposait une paperasserie fastidieuse, et (4) que l'un des policiers partait en vacances le lendemain

3

4

5

6

they found in her apartment, she along with the appellant would not be charged.

7 There is conflicting evidence as to whether these statements were made before or after the officers were admitted to the apartment. Nonetheless, once inside, Ms. Evers directed them to a couch in her living room where she thought she had seen the appellant replacing a cushion a few days earlier. The cushion was removed, revealing a plastic bag containing six baggies of crack cocaine with a value of between \$11,000 and \$23,000. These were seized by the police. Twenty minutes later, they returned and arrested Ms. Evers. This they had been instructed to do by a superior officer after he had consulted a Crown Attorney. At no time prior to being taken into custody was Ms. Evers advised of her right to refuse entry to the police or of her right to counsel.

8 At the police station, Ms. Evers was questioned and in response, she gave a statement naming the appellant as the person who placed the drugs under the cushion of the couch in her apartment. She and the appellant were jointly charged under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, with possession of crack cocaine for the purpose of trafficking. Ms. Evers was then released. Charges against her were eventually dropped on the morning her trial was scheduled to begin.

9 On the evening of the arrest, the police attended at the vehicle pound and without a search warrant seized the cellular phone and pager used by the appellant. Then for several hours, they intercepted a number of calls from people ordering small amounts of crack cocaine from the appellant.

10 At the conclusion of the trial, the appellant was found guilty as charged. His appeal from conviction was dismissed by the Court of Appeal of Ontario, with Abella J.A. dissenting on the issue of the appellant's standing to assert his rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in relation to the search of his girlfriend's

et que, peu importe ce qu'on trouverait dans l'appartement, l'appellant et elle ne feraient pas l'objet d'accusations.

La preuve est contradictoire quant à savoir si ces déclarations ont été faites avant ou après que les policiers eurent été admis dans l'appartement. Néanmoins, dès qu'ils furent entrés, M^{me} Evers leur a indiqué un canapé dans le salon où elle croyait avoir vu l'appellant replacer un coussin quelques jours auparavant. Les policiers ont alors enlevé le coussin et ont découvert un sac de plastique contenant six sachets de crack d'une valeur approximative de 11 000 \$ à 23 000 \$, qu'ils ont saisis. Vingt minutes plus tard, ils sont retournés à l'appartement et ont arrêté M^{me} Evers, sur l'ordre d'un officier supérieur qui avait consulté un procureur de la Couronne. À aucun moment avant d'être mise sous garde M^{me} Evers n'a-t-elle été informée de son droit de refuser l'entrée à la police ou de recourir à l'assistance d'un avocat.

Interrogée au poste de police, M^{me} Evers a fait une déclaration dans laquelle elle a désigné l'appellant comme étant celui qui avait placé la drogue sous le coussin du canapé dans son appartement. L'appellant et elle ont été conjointement accusés en vertu du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, de possession de crack en vue d'en faire le trafic. Madame Evers a ensuite été relâchée. Les accusations portées contre elle ont finalement été retirées le matin où son procès devait commencer.

Le soir de l'arrestation, les policiers se sont présentés à la fourrière et, sans disposer d'un mandat de perquisition, y ont saisi le téléphone cellulaire et le téléavertisseur utilisés par l'appellant. Pendant plusieurs heures, ils ont alors intercepté un certain nombre d'appels de personnes qui commandaient à l'appellant de petites quantités de crack.

Au terme du procès, l'appellant a été déclaré coupable des accusations portées contre lui. L'appel qu'il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Abella étant dissidente sur la question de la qualité de l'appellant pour invoquer les droits qui lui sont garantis par l'art. 8 de la *Charte*

apartment. The appeal to this Court is limited to that issue.

Judgments Below

Ontario Court, Provincial Division (Downie Prov. J.)

A *voir dire* was held to determine the admissibility of the evidence obtained from Evers' apartment. The trial judge relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295, as establishing that s. 8 of the *Charter* guaranteed a reasonable expectation of privacy for the occupant of a dwelling.

The trial judge stated that Ms. Evers' rights guaranteed by ss. 8 and 10(b) of the *Charter* had clearly been breached and that she could have sought a remedy pursuant to s. 24(2) for the exclusion of the evidence obtained as a result of the search.

With regard to the appellant, the trial judge observed that he considered Ms. Evers to be his girlfriend and was an "occasional visitor" to her apartment. Although he had been given a key and kept some of his personal effects there, he maintained a separate residence. The trial judge also noted that the appellant denied ownership of the drugs.

After reviewing the evidence, the trial judge concluded that the appellant had not discharged the burden of establishing that he had a reasonable expectation of privacy in Ms. Evers' apartment. As a result, he concluded that s. 24(2) of the *Charter* was not applicable and that the evidence was admissible.

The trial judge ruled that the seizure of the cellular phone and pager from Ms. Evers' vehicle was proper. He also held that the telephone calls which were intercepted, although hearsay, were admissible to show the nature of the business carried on by

canadienne des droits et libertés relativement à la perquisition dans l'appartement de son amie. C'est à cette question que se limite le pourvoi formé devant notre Cour.

Les juridictions inférieures

Cour de l'Ontario, Division provinciale (le juge Downie)

Un voir-dire a été tenu pour déterminer l'admissibilité de la preuve recueillie à l'appartement de M^{me} Evers. Le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295, établissant que l'art. 8 de la *Charte* garantissait à l'occupant d'une habitation une attente raisonnable en matière de vie privée.

Le juge du procès a déclaré que M^{me} Evers avait manifestement été victime d'une violation des droits que lui garantissent l'art. 8 et l'al. 10b) de la *Charte*, et qu'elle aurait pu demander l'exclusion des éléments de preuve obtenus à la suite de la perquisition, conformément au par. 24(2).

En ce qui concerne l'appelant, le juge du procès a fait remarquer que celui-ci considérait M^{me} Evers comme étant sa petite amie et qu'il lui rendait visite à l'occasion à son appartement. Même s'il avait la clé et laissait sur place certains effets personnels, il avait un lieu de résidence séparé. Le juge du procès a également fait observer que l'appelant niait être le propriétaire de la drogue.

Après examen de la preuve, le juge du procès a conclu que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau d'établir qu'il pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de M^{me} Evers. En définitive, il a conclu à l'inapplicabilité du par. 24(2) de la *Charte* et à l'admissibilité de la preuve.

Le juge du procès a déclaré régulière la saisie du téléphone cellulaire et du téléavertisseur dans le véhicule de M^{me} Evers. Il a également conclu que les appels téléphoniques interceptés, bien que constituant du ouï-dire, étaient admissibles pour

11

12

13

14

15

the appellant. These rulings were not disputed on appeal and are not in issue here.

Ontario Court of Appeal (1994), 91 C.C.C. (3d) 123, (McKinlay and Finlayson JJ.A. for the majority)

McKinlay J.A.

16 McKinlay J.A. noted that in claiming a breach of s. 8 of the *Charter*, the appellant had to demonstrate that his personal right to privacy was infringed by the police search of Evers' apartment. If the appellant was successful, then the state would bear the onus of establishing that its interests, in the circumstances, were superior to his.

17 Relying on the decision in *Pugliese, supra*, McKinlay J.A. ruled that the appellant had no proprietary or possessory interest in Evers' apartment. She stated at p. 136:

On the evidence, he was no more than an especially privileged guest. Ms. Evers could admit anyone to the apartment whom the appellant wished to exclude, and could exclude anyone he wished to admit.

18 McKinlay J.A. held that the lies and trickery were not used by police to gain entrance to the apartment, but only to get Ms. Evers' cooperation once they were inside. In any event, McKinlay J.A. stated, this conduct did not constitute an infringement of any *Charter* right of the appellant. Therefore, there was no basis for excluding the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

19 McKinlay J.A. then turned to the question of whether the manner in which the search was conducted amounted to an abuse of authority in violation of s. 7 of the *Charter*. She found that the tactics employed by the police to gain access to Ms. Evers' apartment were acceptable and therefore could not have vitiated the proceedings against the appellant. On the basis of the evidence which was

établir la nature des activités de l'appellant. Ces conclusions n'ont pas été contestées en appel et ne sont pas en cause devant nous.

Cour d'appel de l'Ontario (1994), 91 C.C.C. (3d) 123 (les juges McKinlay et Finlayson, au nom de la cour à la majorité)

Le juge McKinlay

Le juge McKinlay a fait observer que, pour faire valoir une violation de l'art. 8 de la *Charte*, l'appellant devait démontrer que la perquisition policière dans l'appartement de M^{me} Evers avait porté atteinte à son droit personnel au respect de sa vie privée. Si l'appellant réussissait à faire cette preuve, il appartiendrait alors à l'État d'établir que ses intérêts, dans les circonstances, étaient supérieurs à ceux de l'appellant.

Se fondant sur l'arrêt *Pugliese*, précité, le juge McKinlay a conclu que l'appellant n'avait aucun droit de propriété ou de possession sur l'appartement de M^{me} Evers. Elle affirme, à la p. 136:

[TRADUCTION] D'après la preuve, il n'était qu'un invité particulièrement privilégié. Madame Evers pouvait admettre dans son appartement toute personne à qui l'appellant souhaitait interdire l'accès, et elle pouvait en interdire l'accès à toute personne qu'il souhaitait admettre.

Le juge McKinlay a conclu que les policiers avaient eu recours au mensonge et à la ruse non pas pour entrer dans l'appartement, mais uniquement pour obtenir la collaboration de M^{me} Evers une fois à l'intérieur. Quoi qu'il en soit, a dit le juge McKinlay, cette conduite ne contrevenait à aucun droit garanti à l'appellant par la *Charte*. En conséquence, rien ne justifiait d'exclure la preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge McKinlay s'est ensuite demandé si la façon dont la perquisition avait été effectuée représentait un abus de pouvoir en contravention de l'art. 7 de la *Charte*. Elle a décidé que les tactiques utilisées par les policiers pour avoir accès à l'appartement de M^{me} Evers étaient acceptables et ne pouvaient donc avoir entaché les procédures engagées contre l'appellant. Compte tenu de la preuve

properly admitted, she upheld the trial judge's conviction of the appellant.

Finlayson J.A. (concurring)

Finlayson J.A. also upheld the conviction of the appellant. He noted that three issues had been raised on the appeal relating to the legality of the search. The first was whether Evers had consented to the search. If she had, there would be no constitutional concern. Finlayson J.A. found that the trial judge had not made a finding on this issue and therefore, as an appellate judge, he was not in a position to substitute his own conclusion.

The second issue was whether the appellant had status to complain about the search. This issue would only arise if Ms. Evers had not consented to the search or was tricked or coerced into giving her consent. Finlayson J.A. concluded that on the state of the record, there was no basis for upsetting the conviction of the appellant by finding a s. 8 violation. He noted that there was a paucity of factual findings in the reasons of the trial judge, particularly with regard to the conduct of the police during the search. He held, however, that this was irrelevant to the privacy issue and only needed to be considered in the event that the trial judge was reversed on his finding that the appellant did not have standing to complain about the search of Ms. Evers' apartment.

In the opinion of Finlayson J.A., evidence regarding the manner in which the search was conducted also related to the third issue, namely whether, in the course of the search of Ms. Evers' apartment, there was an abuse of authority which violated s. 7 of the *Charter*. He concurred with McKinlay J.A. on this issue and held that the findings of the trial judge fell short of the language of intimidation and coercion necessary to elevate this argument to the level of a constitutional challenge.

admise à bon droit, elle a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appellant, prononcée par le juge du procès.

Le juge Finlayson (opinion concordante)

Le juge Finlayson a également confirmé la déclaration de culpabilité de l'appellant. Il a souligné que l'appel avait soulevé trois questions relatives à la légalité de la perquisition. La première était de savoir si M^{me} Evers avait consenti à la perquisition. Dans l'affirmative, aucune question d'ordre constitutionnel ne se poserait. Le juge Finlayson a conclu à l'absence de conclusion du juge du procès sur ce point, et qu'il n'était donc pas en mesure, à titre de juge d'appel, de substituer sa propre conclusion.

La seconde question était de savoir si l'appellant avait qualité pour se plaindre de la perquisition. Cette question ne se poserait que si M^{me} Evers n'avait pas consenti à la perquisition ou si son consentement avait été obtenu par la ruse ou sous l'effet de la contrainte. Le juge Finlayson a conclu que, selon le dossier, rien ne justifiait d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appellant pour cause de violation de l'art. 8. Tout en soulignant la rareté des conclusions factuelles dans les motifs du juge du procès, particulièrement en ce qui concernait la conduite des policiers pendant la perquisition, le juge Finlayson a conclu que cette question n'était pas pertinente relativement à celle de la vie privée et qu'elle ne devrait être prise en considération que dans le cas où on infirmerait la conclusion du juge du procès, selon laquelle l'appellant n'avait pas qualité pour se plaindre de la perquisition dans l'appartement de M^{me} Evers.

De l'avis du juge Finlayson, la preuve relative à la façon dont la perquisition a été effectuée touchait également la troisième question, celle de savoir si, au cours de la perquisition dans l'appartement de M^{me} Evers, il y avait eu abus de pouvoir violant l'art. 7 de la *Charte*. Souscrivant à l'opinion du juge McKinlay sur ce point, le juge Finlayson a souligné que le juge du procès n'avait pas conclu à l'existence des propos intimidants ou coercitifs nécessaires pour conférer à cet argument le caractère d'une attaque d'ordre constitutionnel.

20

21

22

Abella J.A. (in dissent)

23 Abella J.A. held that the trial judge erred in concluding that since the appellant had no legal right to the premises (that is to say, he did not live there and paid no rent), he had no standing to assert a privacy interest that could protect him from an unreasonable search of Ms. Evers' apartment.

24 It was her position that each arrangement must be looked at in its own context. While the legal title, time spent, and money invested in the premises might be among the factors to be considered when looking for a privacy interest, they were not determinative. Rather, it was the qualitative extent of the access and the character of the governing relationship that were the dominant indications of a reasonable expectation of privacy.

25 Abella J.A. found the decisive factor to be that Ms. Evers and the appellant had been together for three years, that he had been given a key and had "real unrestricted access" to the apartment, and that he occasionally stayed there. It was this element of unrestricted access which, in her opinion, distinguished this case from *Pugliese, supra*.

26 In her view, the quality of the appellant's access was more important than the frequency or the fact that the appellant was not a tenant. The appellant could come and go as he chose and depended on no one else's permission for entry. Abella J.A. also rejected the notion that entitlement to privacy was based on financial contribution. She concluded that as long as the appellant was in a relationship with Ms. Evers and had a key to the apartment, his privacy right attached to it whether he was physically present or not.

27 Abella J.A. then reviewed the circumstances of the search and found at p. 143 that "[t]he line between justifiable police conduct which seeks to enlist co-operation, and unlawful conduct which seeks to compel it was clearly crossed in this case". She concluded that the admission of any

Le juge Abella (dissidente)

Le juge Abella a statué que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que, puisque l'appelant n'avait aucun droit sur les lieux en vertu de la loi (savoir qu'il n'y habitait pas et ne payait pas de loyer), il n'avait pas qualité pour invoquer un droit à la vie privée susceptible de le protéger contre une perquisition abusive dans l'appartement de M^{me} Evers.

À son avis, tout arrangement doit être considéré dans son contexte. Même si le titre légal relatif à des lieux, le temps qu'on y a passé et l'argent qu'on y a investi pouvaient être des facteurs à prendre en compte pour savoir s'il existe un droit à la vie privée, ces facteurs n'étaient pas décisifs. C'étaient plutôt la qualité de l'accès et la nature de la relation existante qui constituaient les indices dominants d'une attente raisonnable en matière de vie privée.

Le juge Abella a conclu que ce qui était déterminant c'était que M^{me} Evers et l'appelant se fréquentaient depuis trois ans, que ce dernier avait la clé et un [TRADUCTION] «accès réel illimité» à l'appartement, et qu'il y restait à l'occasion. C'est cet élément d'accès illimité qui, à son avis, distinguait le présent cas de l'affaire *Pugliese*, précitée.

À son avis, la qualité de l'accès de l'appelant était plus importante que sa fréquence ou le fait qu'il n'était pas locataire. L'appelant pouvait aller et venir à son gré et n'avait besoin de la permission de personne pour entrer. Le juge Abella a également rejeté l'idée que le droit à la vie privée reposait sur une contribution financière. Elle a conclu qu'aussi longtemps que l'appelant entretenait une relation avec M^{me} Evers et qu'il avait la clé de l'appartement, son droit à la vie privée s'y rattachait peu importe qu'il y ait été ou non physiquement présent.

Examinant ensuite les circonstances de la perquisition, le juge Abella conclut, à la p. 143, que [TRADUCTION] «[I]a ligne de démarcation entre une conduite policière justifiable destinée à obtenir la collaboration d'une personne, et la conduite illicite visant à la forcer à collaborer a clairement été

evidence yielded by this deliberately unlawful conduct would bring the administration of justice into disrepute. Consequently, the evidence should have been excluded.

Analysis

The Appellant's Reasonable Expectation of Privacy in Relation to Ms. Evers' Apartment

At the outset, I should say that I am in agreement with the conclusions of the majority and in substantial agreement with their reasons. In the ordinary course, I would have favoured dismissal of the appeal on that basis. However, in the circumstances it is appropriate to set out in a somewhat summary manner my own reasons for dismissing the appeal.

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. (as he then was), writing for the Court, emphatically rejected any requirement of a connection between the rights protected by s. 8 and a property interest in the premises searched. He quoted with approval at pp. 158-59 the statement of Stewart J., delivering the majority opinion of the United States Supreme Court in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 351, that "the Fourth Amendment protects people, not places". Dickson J. held that this applied equally to construing s. 8.

While Dickson J. advocated a broad general right to be secure from unreasonable search and seizure, he stressed that it only protected a "reasonable expectation of privacy". He stated at pp. 159-60 that the limiting term "reasonable" implied that:

... an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

franchie en l'espèce». Elle a conclu que l'admission de tout élément de preuve obtenu grâce à cette conduite délibérément illicite serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, cette preuve aurait dû être écartée.

Analyse

L'attente raisonnable de l'appelant en matière de vie privée relativement à l'appartement de Mme Evers

Au départ, je dois dire que je suis d'accord avec les conclusions des juges formant la majorité et que je souscris, pour l'essentiel, à leurs motifs. Normalement, j'aurais été en faveur du rejet du pourvoi pour cette raison. Toutefois, dans les circonstances, il convient que j'expose quelque peu succinctement mes propres raisons de rejeter le pourvoi.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a catégoriquement rejeté, au nom de la Cour, toute exigence de lien entre les droits protégés par l'art. 8 et un droit de propriété sur les lieux ayant fait l'objet d'une perquisition. Aux pages 158 et 159, il cite, en les approuvant, les propos tenus par le juge Stewart en exposant l'opinion de la Cour suprême des États-Unis à la majorité dans l'affaire *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 351, selon lesquels [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Le juge Dickson a conclu que cela s'appliquait également à l'interprétation de l'art. 8.

Même s'il préconisait un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, le juge Dickson a souligné que ce droit ne visait qu'une «attente raisonnable» en matière de vie privée. Il affirme, aux pp. 159 et 160, que le terme limitatif «raisonnable» suppose

... qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

28

29

30

- 31 It has since been determined that this assessment must be made in light of the totality of the circumstances of a particular case. See, for example, *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 54, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62.
- 32 I would, as well, observe that in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 291, it was held that it is not necessary for an accused to establish a possessory interest in the goods seized before seeking to enforce rights guaranteed under s. 8.
- 33 It is important to emphasize that generally, the decision as to whether an accused had a reasonable expectation of privacy must be made without reference to the conduct of the police during the impugned search. There are two distinct questions which must be answered in any s. 8 challenge. The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy. See *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980). Usually, the conduct of the police will only be relevant when consideration is given to this second stage.
- 34 In any determination of a s. 8 challenge, it is of fundamental importance to remember that the privacy right allegedly infringed must, as a general rule, be that of the accused person who makes the challenge. This has been stressed by the United States Supreme Court in several cases dealing with searches that allegedly violated the Fourth Amendment guarantee. In *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969), for example, White J., delivering the judgment of the majority, stated at pp. 171-72 that:
- ... [the] suppression of the product of a Fourth Amendment violation can be successfully urged only by those whose rights were violated by the search itself, not by those who are aggrieved solely by the introduction of damaging evidence. [Emphasis added.]
- 35 This principle was adopted and applied in *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978), at p. 133, and *United States v. Salvucci*, 448 U.S. 83 (1980),
- Il a été établi depuis que cette appréciation doit se faire eu égard à l'ensemble des circonstances d'un cas particulier. Voir, par exemple, *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 54, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, à la p. 62.
- Notons également que, dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 291, on a conclu qu'il n'est pas nécessaire que l'accusé établisse l'existence d'un droit de propriété sur les biens saisis pour pouvoir invoquer des droits garantis par l'art. 8.
- Il importe de souligner que, de façon générale, la question de savoir si l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée doit être tranchée sans égard à la conduite des policiers au cours de la perquisition contestée. Dans toute attaque fondée sur l'art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes. La première est de savoir si l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée. Voir *Rawlings c. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980). Habituellement, la conduite des policiers ne sera pertinente qu'à ce second stade de l'analyse.
- Dans toute décision sur une contestation fondée sur l'art. 8, il est essentiel de se rappeler que le droit à la vie privée dont la violation est alléguée doit, en général, être celui de l'accusé à l'origine de cette contestation. C'est ce que la Cour suprême des États-Unis a souligné dans plusieurs affaires où l'on alléguait qu'une fouille ou perquisition violait la garantie du Quatrième amendement. Par exemple, dans *Alderman c. United States*, 394 U.S. 165 (1969), aux pp. 171 et 172, le juge White affirme au nom de la Cour à la majorité:
- [TRADUCTION] ... [la] suppression du fruit d'une violation du Quatrième amendement ne peut être obtenue que par ceux dont les droits ont été violés par la fouille ou la perquisition elle-même, et non par ceux qui sont lésés seulement par la présentation d'un élément de preuve préjudiciable. [Je souligne.]
- Ce principe a été adopté et appliqué dans *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978), à la p. 133, et *United States c. Salvucci*, 448 U.S. 83 (1980), à

at p. 86. The view expressed in these cases is persuasive and should be applied when s. 8 challenges are considered.

The intrusion on the privacy rights of a third party may however be relevant in the second stage of the s. 8 analysis, namely whether the search was conducted in a reasonable manner. The reasons in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, considered this question. At issue was a wiretap authorization which allowed the police to eavesdrop on several public pay telephones that were often used by the appellant as well as other members of the public. The appellants argued that the failure of the authorizing judge to limit the intrusion on those third-party users rendered the search unreasonable. Sopinka J. agreed and stated at p. 1143:

In my view, the extent of invasion into the privacy of these third parties is constitutionally relevant to the issue of whether there has been an “unreasonable” search or seizure. To hold otherwise would be to ignore the purpose of s. 8 of the *Charter* which is to restrain invasion of privacy within reasonable limits. A potentially massive invasion of the privacy of persons not involved in the activity being investigated cannot be ignored simply because it is not brought to the attention of the court by one of those persons. Since those persons are unlikely to know of the invasion of their privacy, such invasions would escape scrutiny, and s. 8 would not fulfil its purpose.

It is important to observe that Sopinka J. was careful to point out that the invasion of third-party privacy rights is not determinative of the reasonableness of the search. He put it in this way at pp. 1143-44:

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

la p. 86. Le point de vue exprimé dans ces arrêts est convaincant et devrait s'appliquer à l'examen des contestations fondées sur l'art. 8.

L'atteinte aux droits d'un tiers à la vie privée peut toutefois être pertinente au second stade de l'analyse fondée sur l'art. 8, lorsqu'il s'agit de savoir si la perquisition était raisonnable. Cette question a été examinée dans *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. Le litige portait sur une autorisation d'écoute électronique qui permettait à la police d'intercepter les conversations à partir de plusieurs téléphones publics souvent utilisés par l'appelant ainsi que par d'autres membres du public. Les appelants ont fait valoir que le fait que le juge ayant autorisé l'écoute n'ait pas limité l'atteinte à la vie privée de ces tiers usagers rendait la fouille abusive. Souscrivant à cet argument, le juge Sopinka dit ceci, à la p. 1143:

À mon avis, l'étendue de l'atteinte à la vie privée de ces tiers est pertinente sur le plan constitutionnel à la question de savoir s'il y a eu fouille, perquisition ou saisie «abusive». Affirmer le contraire reviendrait à ignorer l'objet de l'art. 8 de la *Charte* qui est de restreindre l'atteinte à la vie privée dans des limites raisonnables. Le risque qu'il y ait de graves atteintes à la vie privée des personnes non concernées par les activités qui font l'objet de l'enquête ne peut être ignoré pour la simple raison qu'il n'est pas porté à l'attention de la cour par l'une d'entre elles. Puisqu'il est peu probable que ces personnes sachent qu'on a porté atteinte à leur vie privée, ces atteintes échapperaient à tout examen et l'objet de l'art. 8 ne serait pas réalisé.

Il importe de faire remarquer que le juge Sopinka a pris soin de souligner que l'atteinte aux droits d'un tiers à la vie privée n'est pas déterminante en ce qui concerne le caractère raisonnable de la fouille ou de la perquisition. Il affirme ceci, aux pp. 1143 et 1144:

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

38

In what may be somewhat rare circumstances, the extent of the invasion of privacy may be constitutionally relevant. This was the case in *Thompson, supra*, where the actions of the police were judged at p. 1143 as a “potentially massive invasion of . . . privacy” of members of the general public who were not involved in the suspected criminal activity.

39

In the case at bar, there is no need to consider the reasonableness of the search since the appellant has not established the requisite expectation of privacy. Even if it were necessary to consider the invasion of the privacy of Ms. Evers, I would conclude that there was neither a potentially massive invasion of property nor a flagrant abuse of individual’s right to privacy.

40

Like the parties, I agree that the clearly stated reasons of Finlayson J.A. in *Pugliese, supra*, are correct and applicable to this case. The only difference between the parties arises from their view as to how it should be applied. In *Pugliese, supra*, the police obtained a search warrant for an apartment in a building owned by the accused but rented to another person. Illegal drugs, hidden by the tenant for the accused, were found in the apartment. The accused sought to challenge the search warrant on the basis of his right to privacy which, he contended, arose either from his proprietary interest in the apartment or his possessory interest in the goods seized.

41

This argument was rejected by Finlayson J.A. He found that, while the building may have been owned by Pugliese, he had leased the apartment to the tenant with the result that his right of entry was restricted by the provincial landlord-and-tenant legislation. It was the tenant who had a legitimate right to privacy. He alone was in a position to grant or refuse permission to enter the premises. Pugliese, on the other hand, had no right or authority to overrule the tenant’s wishes in this regard. Nor did he have any demonstrated possessory

En de rares circonstances, l’étendue de l’atteinte à la vie privée peut être pertinente sur le plan constitutionnel. Ce fut le cas dans l’arrêt *Thompson*, précité, où l’on a jugé, à la p. 1143, que les actes de la police avaient constitué un «risque [. . .] de graves atteintes à la vie privée» de membres du grand public qui ne participaient pas à l’activité criminelle dont on soupçonnait l’existence.

Il n’est pas nécessaire, en l’espèce, d’examiner si la perquisition était raisonnable étant donné que l’appelant n’a pas établi l’existence de l’attente requise en matière de vie privée. Même s’il était nécessaire d’examiner la question de l’atteinte à la vie privée de M^{me} Evers, je conclurais qu’il n’y avait ni risque d’atteinte grave à un droit de propriété ni abus flagrant du droit à la vie privée d’un particulier.

Je conviens avec les parties que les motifs clairement exposés du juge Finlayson dans l’arrêt *Pugliese*, précité, sont justes et applicables en l’espèce. Le seul élément qui différencie les parties tient à leur perception de la façon dont ces motifs devraient être appliqués. Dans *Pugliese*, précité, la police avait obtenu un mandat les autorisant à perquisitionner dans un appartement situé dans un édifice appartenant à l’accusé, mais loué à une autre personne. On a trouvé, dans l’appartement, de la drogue illégale que le locataire avait dissimulée pour le compte de l’accusé. L’accusé a contesté le mandat de perquisition en faisant valoir son droit à la vie privée qui, prétendait-il, découlait soit de son droit de propriété sur l’appartement, soit de son droit de possession des biens saisis.

Le juge Finlayson a rejeté cet argument. Il a conclu que, même si Pugliese pouvait être propriétaire de l’édifice, il avait loué l’appartement au locataire de sorte que son droit d’entrée était restreint par la loi provinciale régissant les relations propriétaire-locataire. C’était le locataire qui avait un droit légitime au respect de sa vie privée. Lui seul était en mesure d’accorder ou de refuser la permission d’entrer dans les lieux. Quant à Pugliese, il n’avait ni le droit ni le pouvoir d’aller à l’encontre de la volonté du locataire à cet égard.

interest in the drugs seized, since he had expressly disavowed any connection with them.

Finlayson J.A. emphasized that the essence of the test under s. 8 was the existence of a personal privacy right. He noted, however, that a proprietary or possessory interest could properly be considered as evidence of that personal right. Since Pugliese was unable to advance any ground other than his proprietary interest in the building, Finlayson J.A. concluded that there was nothing in the record that established an expectation of privacy in the apartment or in the portion of it in which the drugs were seized.

The following extracts from the reasons of Finlayson J.A. at pp. 301-2 are, I think, apposite:

When an accused, such as the appellant, asserts at his trial that there has been a breach of his s. 8 Charter right to be secure from unreasonable search or seizure, he is asserting a particular right to privacy which may, on occasion, be unrelated to any recognized proprietary or possessory right. Section 8 of the Charter is directed to the protection of the security of the person, not the protection of his property, and it is the appellant's personal exposure to the consequences of the search and seizure that gives him the right to challenge, not the search warrant itself, but the admission into evidence at his trial of the fact of the search and the account of what was seized.

Hunter v. Southam, supra, is authority for the proposition that s. 8 of the Charter does not authorize a search and seizure, but rather acts as a limitation on the powers of search and seizure set out in the *Code*. Section 8 guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure which at least protects a person's entitlement to a reasonable expectation of privacy. Accordingly, s. 8 is available to confer standing on an accused person who had a reasonable expectation of privacy in the premises where the seizure took place, even though he had no proprietary or possessory interest in the premises or in the articles seized. In a proper case, the remedy available to such an accused

Il n'avait pas non plus de droit établi à la possession de la drogue saisie puisqu'il avait expressément nié tout lien avec celle-ci.

Le juge Finlayson a souligné que l'élément essentiel du critère de l'art. 8 était l'existence d'un droit personnel à la vie privée. Il a toutefois ajouté qu'un droit de propriété ou de possession pourrait à juste titre être considéré comme la preuve de l'existence de ce droit personnel. Étant donné l'incapacité de Pugliese d'avancer d'autre moyen que son droit de propriété sur l'édifice, le juge Finlayson a conclu que rien dans le dossier n'établissait l'existence d'une attente en matière de vie privée dans l'appartement ou dans la partie de celui-ci où la drogue a été saisie.

Les passages suivants des motifs du juge Finlayson, tirés des pp. 301 et 302, sont, à mon avis, pertinents:

[TRADUCTION] Lorsqu'un accusé, comme l'appelant, fait valoir à son procès qu'il y a eu atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, que lui garantit l'art. 8 de la Charte, il se trouve à invoquer un droit particulier à la vie privée qui peut parfois n'être lié à aucun droit reconnu de propriété ou de possession. L'article 8 de la Charte vise la protection de la sécurité de la personne, et non la protection de ses biens, et c'est le fait que l'appelant soit personnellement exposé aux conséquences de la fouille, de la perquisition et de la saisie qui lui confère le droit d'attaquer non pas le mandat lui-même, mais l'admission en preuve, à son procès, du fait de la perquisition et du compte rendu des choses saisies.

Il ressort de l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, que l'art. 8 de la Charte n'autorise pas les fouilles, les perquisitions et les saisies, qu'il a plutôt pour effet de limiter les pouvoirs énoncés en la matière dans le *Code*. L'article 8 garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, qui protège, à tout le moins, le droit d'une personne d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée. Par conséquent, l'art. 8 peut servir à donner qualité à l'accusé qui pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans les lieux où la saisie a été effectuée, même s'il n'avait aucun droit de propriété ou de possession sur les lieux ou les articles saisis. Lorsque cela est indiqué, la réparation dont pourrait bénéficier l'accusé serait l'exclusion, en vertu du par. 24(2) de la

42

43

would be the exclusion under s. 24(2) of the Charter of the evidence obtained pursuant to the search.

The true test of a protected constitutional right under s. 8 of the Charter is whether there is a reasonable expectation of privacy. This is so even where it is alleged that the privacy shelters illegal activity: see *R. v. Wong* (1990), 60 C.C.C. (3d) 406, [1990] 3 S.C.R. 36, 1 C.R. (4th) 1 (S.C.C.), and *R. v. Mercer*, a judgment of the Court of Appeal for Ontario, released January 29, 1992 (since reported 70 C.C.C. (3d) 180, 7 O.R. (3d) 9, 15 W.C.B. (2d) 215).

This is not to say that property rights do not confer privacy rights in a given case. They obviously do. But the appellant must assert a personal privacy right, whatever be the foundation of his assertion. And, since this reasonable expectation of privacy is a Charter protected right, the burden of providing an evidentiary basis for any violation rests with the appellant. . . . There is nothing in the record that supports any suggestion that the appellant had a reasonable expectation of privacy in McInnis's apartment or in any portion of it where the drugs and drug paraphernalia were seized. The appellant is thus unable to show that *he* had a constitutionally protected right. [Emphasis by italics in original; emphasis by underlining added.]

Charte, des éléments de preuve obtenus à la suite de la fouille ou de la perquisition.

Le véritable critère de l'existence d'un droit constitutionnel garanti par l'art. 8 de la Charte consiste à déterminer s'il y a attente raisonnable en matière de vie privée. Il en est ainsi même lorsqu'on allègue qu'une activité illégale se déroule dans les lieux privés. Voir *R. c. Wong* (1990), 60 C.C.C. (3d) 406, [1990] 3 R.C.S. 36, 1 C.R. (4th) 1 (C.S.C.), et *R. c. Mercer*, arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 29 janvier 1992 (publié depuis à 70 C.C.C. (3d) 180, 7 O.R. (3d) 9, 15 W.C.B. (2d) 215).

Cela ne veut pas dire que le droit de propriété ne confère pas un droit à la vie privée dans un cas donné. Il le fait de toute évidence. Mais l'appelant doit revendiquer un droit personnel à la vie privée, quel que soit le fondement de sa revendication. Et puisque cette attente raisonnable en matière de vie privée est un droit protégé par la Charte, le fardeau d'en prouver la violation incombe à l'appelant. [. . .] Rien dans le dossier ne permet de dire que l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de McInnis ou dans toute partie de celui-ci où la drogue et les accessoires facilitant la consommation de drogue ont été saisis. L'appelant est donc dans l'incapacité d'établir qu'il avait un droit constitutionnellement protégé. [En italique dans l'original; je souligne.]

44

In the case at bar, one of the bases upon which the appellant asserted his right to privacy in Ms. Evers' apartment was his interest in the drugs. It is possible, in certain circumstances, to establish an expectation of privacy in the goods that are seized. The appellant in *Plant, supra*, sought unsuccessfully to do so with respect to the public utility's records of his electricity consumption. See, also, *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236 (B.C.C.A.), where the issue was raised in relation to the suitcase of a co-accused. However, this contention cannot be raised in the circumstances of this case. At trial, the appellant denied that the drugs were his and Ms. Evers testified that they might have belonged to someone else. The appellant maintained in the Court of Appeal that the drugs were not his. It was only in this Court that he acknowledged for the first time that the drugs were his. He should not now be permitted to change his position with regard to a fundamentally important aspect of

Dans la présente affaire, l'un des motifs pour lesquels l'appelant a invoqué son droit à la vie privée dans l'appartement de M^{me} Evers était le droit qu'il détenait sur la drogue. Il est possible, dans certaines circonstances, d'établir l'existence d'une attente en matière de vie privée quant aux biens saisis. Dans l'arrêt *Plant*, précité, l'appelant a tenté sans succès de le faire en ce qui concernait les dossiers d'une entreprise de service public qui faisaient état de sa consommation d'électricité. Voir également *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236 (C.A.C.-B.), où la question avait été soulevée relativement à la valise d'un coaccusé. Toutefois, cet argument ne peut être soulevé dans les circonstances de la présente affaire. Au procès, l'appelant a nié que la drogue lui appartenait et M^{me} Evers a témoigné qu'elle pouvait appartenir à quelqu'un d'autre. L'appelant a maintenu en Cour d'appel que la drogue ne lui appartenait pas. Ce n'est que devant notre Cour qu'il a reconnu pour la première

the evidence in order to put forward a fresh argument which could not be considered in the courts below. The result in this appeal must turn solely on the appellant's privacy interest in Ms. Evers' apartment.

A review of the recent decisions of this Court and those of the U.S. Supreme Court, which I find convincing and properly applicable to the situation presented in the case at bar, indicates that certain principles pertaining to the nature of the s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure can be derived. In my view, they may be summarized in the following manner:

1. A claim for relief under s. 24(2) can only be made by the person whose *Charter* rights have been infringed. See *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 619.
2. Like all *Charter* rights, s. 8 is a personal right. It protects people and not places. See *Hunter*, *supra*.
3. The right to challenge the legality of a search depends upon the accused establishing that his personal rights to privacy have been violated. See *Pugliese*, *supra*.
4. As a general rule, two distinct inquiries must be made in relation to s. 8. First, has the accused a reasonable expectation of privacy. Second, if he has such an expectation, was the search by the police conducted reasonably. See *Rawlings*, *supra*.
5. A reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances. See *Colarusso*, *supra*, at p. 54, and *Wong*, *supra*, at p. 62.
6. The factors to be considered in assessing the totality of the circumstances may include, but are not restricted to, the following:
 - (i) presence at the time of the search;

fois en être le propriétaire. Il ne devrait pas lui être permis de changer de position à l'égard d'un aspect fondamental de la preuve afin d'avancer un nouvel argument qui n'a pu être examiné par les tribunaux d'instance inférieure. Le résultat du présent pourvoi doit dépendre uniquement du droit de l'appelant au respect de sa vie privée dans l'appartement de M^{me} Evers.

Un examen des arrêts récents de notre Cour et de ceux de la Cour suprême des États-Unis, que j'estime convaincants et applicables à bon droit à la situation dont nous sommes saisis, indique qu'il est possible de dégager certains principes quant à la nature du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, garanti par l'art. 8. J'estime qu'ils peuvent être résumés de la façon suivante:

1. Une demande de réparation fondée sur le par. 24(2) ne peut être présentée que par la personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. Voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 619.
2. Comme tous les droits garantis par la *Charte*, l'art. 8 est un droit personnel. Il protège les personnes et non les lieux. Voir *Hunter*, précité.
3. Le droit d'attaquer la légalité d'une fouille ou perquisition dépend de la capacité de l'accusé d'établir qu'il y eu violation de son droit personnel à la vie privée. Voir *Pugliese*, précité.
4. En règle générale, deux questions distinctes doivent être posées relativement à l'art. 8. Premièrement, l'accusé pouvait-il raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée? Deuxièmement, si tel est le cas, la fouille ou la perquisition a-t-elle été effectuée de façon raisonnable par la police? Voir *Rawlings*, précité.
5. L'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances. Voir *Colarusso*, précité, à la p. 54, et *Wong*, précité, à la p. 62.
6. Les facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances incluent notamment:
 - (i) la présence au moment de la perquisition;

- (ii) possession or control of the property or place searched;
- (iii) ownership of the property or place;
- (iv) historical use of the property or item;
- (v) the ability to regulate access, including the right to admit or exclude others from the place;
- (vi) the existence of a subjective expectation of privacy; and
- (vii) the objective reasonableness of the expectation.

See *United States v. Gomez*, 16 F.3d 254 (8th Cir. 1994), at p. 256.

7. If an accused person establishes a reasonable expectation of privacy, the inquiry must proceed to the second stage to determine whether the search was conducted in a reasonable manner.

46

Taking all the circumstances of this case into account, it is my view that the appellant has not demonstrated that he had an expectation of privacy in Ms. Evers' apartment. While the factors set out in *Gomez*, *supra*, are helpful, they are certainly not exhaustive and indeed other factors may be determinative in a particular case. Nonetheless, it is significant that, apart from a history of use of Ms. Evers' apartment, the appellant cannot comply with any of the other factors listed in *Gomez*, *supra*.

47

There are, as well, several factors which specifically militate against a finding that the appellant had any reasonable expectation of privacy in the apartment. First, Ms. Evers stated in her testimony that the appellant was "just a visitor" who stayed over occasionally. As McKinlay J.A. found at pp. 136 and 134, respectively, "he was no more than an especially privileged guest" who "took advantage of Ms. Evers by making use of her premises to conceal a substantial quantity of illegal drugs".

- (ii) la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition;
- (iii) la propriété du bien ou du lieu;
- (iv) l'usage historique du bien ou de l'article;
- (v) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y recevoir ou d'en exclure autrui;
- (vi) l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée;
- (vii) le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif.

Voir *United States c. Gomez*, 16 F.3d 254 (8th Cir. 1994), à la p. 256.

7. Si l'accusé établit l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut alors, dans un deuxième temps, déterminer si la perquisition ou la fouille a été effectuée de façon raisonnable.

Compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire, j'estime que l'appellant n'a pas établi qu'il pouvait s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de M^{me} Evers. Bien que les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gomez*, précité, soient utiles, ils ne sont sûrement pas exhaustifs et, en fait, d'autres facteurs peuvent être déterminants dans un cas particulier. Néanmoins, il est révélateur que, mis à part l'historique de l'utilisation de l'appartement de M^{me} Evers, aucun des autres facteurs énumérés dans *Gomez*, précité, ne s'applique au cas de l'appellant.

Il y a également plusieurs facteurs qui militent précisément contre la conclusion que l'appellant pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement. Premièrement, M^{me} Evers a déclaré, dans son témoignage, que l'appellant [TRADUCTION] «n'était qu'un visiteur» qui restait chez elle à l'occasion. Comme l'a conclu le juge McKinlay, aux pp. 136 et 134 respectivement, [TRADUCTION] «il n'était qu'un invité particulièrement privilégié» qui «a profité de M^{me} Evers en se servant de son appartement pour y cacher une quantité importante de drogue illégale».

Second, although the appellant kept a few personal belongings at the apartment, he did not contribute to the rent or household expenses save for his alleged assistance of Ms. Evers in the purchase of a couch.

Third, although only he and Ms. Evers had keys to the apartment, the appellant lacked the authority to regulate access to the premises. In the words of McKinlay J.A. at p. 136, "Ms. Evers could admit anyone to the apartment whom the appellant wished to exclude, and could exclude anyone he wished to admit". An important aspect of privacy is the ability to exclude others from the premises. This is apparent from one of the definitions of the word "privacy" found in *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989). It is set out in these terms:

b. The state or condition of being alone, undisturbed, or free from public attention, as a matter of choice or right; freedom from interference or intrusion.

The right to be free from intrusion or interference is a key element of privacy. It follows that the fact that the appellant could not be free from intrusion or interference in Ms. Evers' apartment is a very important factor in confirming the finding that he did not have a reasonable expectation of privacy. He was no more than a privileged guest.

Since no personal right of the appellant was affected by the police conduct at the apartment, the appellant could not contest the admissibility of the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. It is therefore not necessary to consider either this aspect of the case or whether Ms. Evers did in fact consent to the search of her apartment. This is, in itself, a sufficient basis for dismissing the appeal.

However, the appellant has argued that automatic standing should be granted to challenge the

Deuxièmement, même s'il laissait quelques effets personnels dans l'appartement, l'appelant ne contribuait pas au paiement du loyer ou des dépenses du ménage, hormis l'aide qu'il aurait fournie à M^{me} Evers pour l'achat d'un canapé.

Troisièmement, bien que M^{me} Evers et lui aient été les seuls à posséder les clés de l'appartement, l'appelant n'avait pas le pouvoir d'en régir l'accès. Pour reprendre les mots du juge McKinlay, à la p. 136, [TRADUCTION] «Madame Evers pouvait admettre dans son appartement toute personne à qui l'appelant souhaitait interdire l'accès, et elle pouvait en interdire l'accès à toute personne qu'il souhaitait admettre». Un aspect important du droit à la vie privée («privacy») dans un lieu est la capacité d'en interdire l'accès à autrui. C'est ce qui ressort de l'une des définitions du mot «privacy» que l'on trouve dans *The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), et qui est ainsi libellée:

[TRADUCTION] **b.** Le fait d'être seul, de ne pas être dérangé ou d'échapper à l'attention publique, à la suite d'un choix ou de l'exercice d'un droit; le fait d'être à l'abri de toute ingérence ou intrusion.

Le droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence est un élément clé de la notion de vie privée. Il s'ensuit que le fait que l'appelant ne pouvait être à l'abri de toute intrusion ou ingérence dans l'appartement de M^{me} Evers revêt une grande importance pour ce qui est de confirmer la conclusion qu'il n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée. Il n'était qu'un invité privilégié.

Étant donné que la conduite des policiers dans l'appartement n'a porté atteinte à aucun droit personnel de l'appelant, celui-ci ne pouvait pas contester l'admissibilité des éléments de preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Il est donc inutile d'examiner cet aspect de l'affaire ou encore la question de savoir si M^{me} Evers a effectivement consenti à ce qu'une perquisition soit effectuée dans son appartement. Ce motif est suffisant en soi pour rejeter le pourvoi.

Toutefois, l'appelant a fait valoir qu'on devrait lui reconnaître automatiquement la qualité pour

48

49

50

51

52

search of a third party's premises in those circumstances where the Crown alleges that the accused is in possession of the property which was discovered and seized. The United States Supreme Court has resiled from its earlier position on this issue. See *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960). In *Salvucci, supra*, and in *Rawlings, supra*, it was determined that the correct approach to asserting Fourth Amendment rights was to satisfy the "legitimate expectation of privacy test".

53 Not only has the United States Supreme Court rejected the automatic standing rule, but so too have the great majority of state courts. As one author writes, "they have done so not because they are required to, but rather, because they agree with the policy underlying the Supreme Court decisions". See David A. Macdonald, Jr., "Standing to Challenge Searches and Seizures: A Small Group of States Chart Their Own Course" (1990), 63 *Temp. L. Rev.* 559, at pp. 571-72 and 576.

54 Further, the adaptation of the automatic standing rule would seem to fly in the face the wording of s. 24 of the *Charter*. It provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

55 As I noted earlier, s. 24(2) provides remedies only to applicants whose own Charter rights have been infringed. This position was adopted by Wilson J. in *Rahey, supra*, at p. 619, when she stated:

attaquer la perquisition dans des lieux appartenant à un tiers lorsque le ministère public allègue que l'accusé est le possesseur des biens découverts et saisis. La Cour suprême des États-Unis est revenue sur sa position antérieure à cet égard. Voir *Jones c. United States*, 362 U.S. 257 (1960). Dans les arrêts *Salvucci* et *Rawlings*, précités, elle a décidé que, pour invoquer les droits garantis par le Quatrième amendement, il fallait satisfaire au [TRADUCTION] «critère de l'attente légitime en matière de vie privée».

Non seulement la règle de la reconnaissance automatique de la qualité pour agir a-t-elle été rejetée par la Cour suprême des États-Unis, mais encore elle l'a été par la grande majorité des tribunaux des États. Comme l'a écrit un auteur, [TRADUCTION] «ils l'ont fait non pas parce qu'ils sont tenus de le faire, mais parce qu'ils souscrivent au principe qui sous-tend les arrêts de la Cour suprême». Voir David A. Macdonald, Jr., «Standing to Challenge Searches and Seizures: A Small Group of States Chart Their Own Course» (1990), 63 *Temp. L. Rev.* 559, aux pp. 571, 572 et 576.

De plus, l'adoption de la règle de la reconnaissance automatique de la qualité pour agir semblerait aller à l'encontre du texte de l'art. 24 de la *Charte*, qui se lit ainsi:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

Comme je l'ai fait remarquer précédemment, le par. 24(2) n'accorde un recours qu'aux demandeurs dont les propres droits garantis par la *Charte* ont été violés. Telle est la position adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Rahey*, précité, à la p. 619, lorsqu'elle affirme:

... I want to stress the following. An application for relief under s. 24(1) can only be made by a person whose right under s. 11(b) has been infringed. This is clear from the opening words of s. 24(1).

The reasonable expectation of privacy concept has worked well in Canada. It has proved to be reasonable, flexible, and viable. I can see no reason for abandoning it in favour of the discredited rule of automatic standing.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal upholding the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — While I agree with the conclusion arrived at by my colleagues, I do so for quite different reasons than those espoused by the majority. With these I am in profound disagreement. I am deeply concerned with the implications of these reasons which, I think, result in a drastic diminution of the protection to the public s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was intended to ensure. This is all the more regrettable since this case has come to this Court as of right on facts that are at best obscure and where the arguments raised before this Court were different from those considered by the courts below. Nor did the arguments in this Court raise the full implications of the effect the case may have on the ambit of s. 8.

As I see it, the protection accorded by s. 8 is not in its terms limited to searches of premises over which an accused has a personal right to privacy in the sense of some direct control or property. Rather the provision is intended to afford protection to all of us to be secure against intrusion by the state or its agents by unreasonable searches or seizures, and is not solely for the protection of criminals even though the most effective remedy

... je tiens à souligner ce qui suit. Une demande de réparation aux termes du par. 24(1) ne peut être présentée que par la personne dont le droit garanti par l'al. 11b) a été violé. Cela ressort clairement du début du par. 24(1).

La notion d'attente raisonnable en matière de vie privée a donné de bons résultats au Canada. Elle s'est avérée raisonnable, souple et viable. Je ne vois donc aucune raison de l'abandonner au profit de la règle discréditée de la reconnaissance automatique de la qualité pour agir.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel confirmant la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Bien que je sois d'accord avec la conclusion de mes collègues, je le suis pour des motifs fort différents de ceux exposés par la Cour à la majorité, avec lesquels je suis en profond désaccord. Je m'inquiète vivement des répercussions de ces motifs qui, à mon avis, donnent lieu à une grave diminution de la protection que l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* vise à garantir au public. Cela est d'autant plus regrettable qu'il s'agit d'un pourvoi de plein droit fondé sur des faits tout au mieux obscurs, et que les arguments avancés devant notre Cour étaient fort différents de ceux examinés par les tribunaux d'instance inférieure. De plus, les arguments qui nous ont été présentés n'ont pas traité toutes les répercussions de l'incidence que le présent pourvoi peut avoir sur la portée de l'art. 8.

À mon avis, le texte de l'art. 8 ne limite pas la protection qu'il garantit aux fouilles ou perquisitions dans des lieux sur lesquels un accusé possède un droit personnel à la vie privée, au sens qu'il existe un lien direct de contrôle ou de propriété. La disposition vise plutôt à nous protéger tous contre l'intrusion de l'État ou de ses représentants par des fouilles, perquisitions ou saisies abusives; elle ne vise pas seulement à protéger les criminels,

56

57

58

59

will inevitably protect the criminal as the price of liberty for all. The section, it must be remembered, reads: “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure” (emphasis added). It is a right enuring to all the public. It applies to everyone, an expression that unlike many of the other *Charter* provisions is not qualified by express circumstances, such as, for example, s. 9 which protects everyone arbitrarily detained or imprisoned, s. 10, which applies to a everyone arrested or detained, and s. 11, which is limited to a person charged with an offence. Moreover, s. 8 does not merely prohibit unreasonable searches or seizures, but also guarantees to everyone the right to be secure against such unjustified state action; see *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427. It draws a line between the rights of the state and the rights of the citizen, and not just those of an accused. It is a public right, enjoyed by all of us. It is important for everyone, not only an accused, that police (or what is even more dangerous for the public, other agents of the state) do not break into private premises without warrant.

60

The issue has not yet been directly raised because the cases dealt with in this Court have thus far been centred on cases of unreasonable searches directly involving the personal expectation of privacy of an accused person. But the approach I am suggesting is entirely consistent with the conceptual, societal and constitutional underpinnings of the right guaranteed by s. 8. Thus it is noteworthy that in the seminal case of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, in the very passage cited by my colleagues, Dickson J. (as he then was) for the Court indicated, at p. 159, that what was being protected by s. 8 was “the public’s interest in being left alone”. In determining whether s. 8 would apply, Dickson J. thus put the matter, at pp. 159-60:

... an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s

quoique la réparation la plus efficace — et c’est le prix à payer pour assurer la liberté de tous et chacun — protégera inévitablement le criminel. On se rappellera le texte de la disposition: «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives» (je souligne). Ce droit est accordé à tout le public. Il s’applique à chacun, terme qui, contrairement à de nombreuses autres dispositions de la *Charte*, n’est pas restreint par l’exigence de circonstances précises comme c’est le cas, par exemple, à l’art. 9 qui s’applique à chaque personne détenue ou emprisonnée arbitrairement, à l’art. 10 qui s’applique à quiconque est arrêté ou détenu, et à l’art. 11 qui ne vise que les personnes inculpées. De plus, non seulement l’art. 8 interdit-il les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, mais il garantit également à chacun le droit à la protection contre de tels agissements de la part de l’État; voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427. Il établit une distinction entre les droits de l’État et les droits du citoyen, et non seulement ceux d’un accusé. C’est un droit public dont nous jouissons tous. Il est important pour toute personne, et non seulement pour un accusé, que la police (ou, ce qui est encore plus dangereux pour le public, d’autres représentants de l’État) n’entre pas sans mandat dans des lieux privés.

La question n’a pas encore été directement posée parce que les arrêts de notre Cour ont jusqu’à maintenant porté sur des cas de fouilles ou perquisitions abusives allant directement à l’encontre des attentes personnelles d’un accusé en matière de vie privée. Cependant, la méthode que je propose est tout à fait compatible avec les fondements conceptuels, sociaux et constitutionnels du droit garanti par l’art. 8. Il vaut donc la peine de signaler que, dans l’arrêt charnière *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 159, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a indiqué au nom de la Cour, dans le passage même que citent mes collègues, que l’art. 8 protégeait «le droit du public de ne pas être importuné». En examinant si l’art. 8 s’appliquerait, le juge Dickson formule ainsi la démarche à suivre, aux pp. 159 et 160:

... il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de

interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis added.]

I add that Dickson J. stressed the importance of interpreting the right generously and not in a legalistic fashion, an approach reiterated in every subsequent s. 8 case in this Court. Nowhere was the right confined to the protection of an accused.

Similarly in *Dyment, supra*, I emphasized the public aspects of the right protected by s. 8. Having noted that the provision did not merely prohibit unreasonable search and seizure but "goes further and guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure" (p. 427), I added, at pp. 427-28:

The foregoing approach is altogether fitting for a constitutional document enshrined at a time when, Westin tells us, society has come to realize that privacy is at the heart of liberty in a modern state; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), pp. 349-50. Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state. [Emphasis added.]

The public's interest in being left alone, "to be secure against unreasonable search or seizure", has in fact been determined, or asserted in defining, the application of s. 8 in a number of cases in this Court. This can be seen in the distinction drawn between a search of business documents (which *Hunter, supra*, held ordinarily required a warrant to make it reasonable), and a seizure of similar documents (which *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, held did not require a warrant as a condition of being reasonable). The documents, so far as the corporations under investigation in those cases were concerned, in themselves gave rise to similar claims for privacy on their part. What made

s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Je souligne.]

J'ajoute que le juge Dickson a fait ressortir l'importance d'interpréter ce droit de façon libérale et non formaliste, ce que notre Cour a réitéré dans tous les pourvois relatifs à l'art. 8 dont elle a subséquentement été saisie. Nulle part le droit n'a-t-il été restreint à la protection d'un accusé.

De même dans *Dyment*, précité, j'ai souligné les aspects publics du droit garanti par l'art. 8. Après avoir fait remarquer que la disposition ne fait pas qu'interdire les fouilles, perquisitions et saisies abusives, mais «va plus loin et garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives» (p. 427), j'ajoute, aux pp. 427 et 428:

Le point de vue qui précède est tout à fait approprié dans le cas d'un document constitutionnel enchâssé à une époque où, selon ce que nous dit Westin, la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique. [Je souligne.]

Le droit du public de ne pas être importuné, de bénéficier de la «protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», a en fait été précisé ou invoqué pour définir l'application de l'art. 8 dans un certain nombre d'arrêts de notre Cour. Cela ressort de la distinction établie entre une fouille dans des documents d'entreprise (qui, selon l'arrêt *Hunter*, précité, requiert normalement un mandat pour être raisonnable), et une saisie de documents similaires (qui, selon 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, ne requiert pas un mandat pour être raisonnable). Dans ces arrêts, les sociétés faisant l'objet d'une enquête avaient elles aussi revendiqué de

61

62

the difference was that a search, unlike a seizure, affected the privacy of individual third parties who were not parties against whom the investigation was directed (see my comments at pp. 521-22).

63

A similar situation occurred in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, where both the majority and minority agreed that the interception of conversation from a pay phone, unlike a private phone, required consideration of the rights of the public. For the majority, Sopinka J. had this to say, at p. 1143:

In my view, the extent of invasion into the privacy of these third parties is constitutionally relevant to the issue of whether there has been an “unreasonable” search or seizure. To hold otherwise would be to ignore the purpose of s. 8 of the *Charter* which is to restrain invasion of privacy within reasonable limits. A potentially massive invasion of the privacy of persons not involved in the activity being investigated cannot be ignored simply because it is not brought to the attention of the court by one of those persons. Since those persons are unlikely to know of the invasion of their privacy, such invasions would escape scrutiny, and s. 8 would not fulfill its purpose.

While he recognized, at pp. 1143-44, that even the interception of a private telephone might give rise to invasions of the privacy of innocent third parties, this was inevitable and Parliament had obviously considered it justified in appropriate cases. However, he went on to say, at p. 1144, that “in some cases the possibility of invasion of privacy of innocent persons may become so great that it requires explicit recognition along with the interests of the investigation of crime”. He concluded, at p. 1145, that “given the extent of the invasion of privacy authorized in this case, a total absence of any protection for the public created a potential for the carrying out of searches and seizures that were unreasonable”.

façon semblable un droit à la vie privée relativement aux documents concernés. La différence résidait dans le fait qu’une fouille ou perquisition, contrairement à une saisie, portait atteinte à la vie privée de tiers non visés par l’enquête (voir mes commentaires aux pp. 521 et 522).

Une situation similaire s’est présentée dans l’affaire *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, où les juges formant la majorité et les juges dissidents ont convenu que l’interception d’une conversation d’une personne qui utilise un téléphone public, par opposition à un téléphone privé, exigeait que l’on tienne compte des droits du public. Le juge Sopinka dit ceci, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 1143:

À mon avis, l’étendue de l’atteinte à la vie privée de ces tiers est pertinente sur le plan constitutionnel à la question de savoir s’il y a eu fouille, perquisition ou saisie «abusive». Affirmer le contraire reviendrait à ignorer l’objet de l’art. 8 de la *Charte* qui est de restreindre l’atteinte à la vie privée dans des limites raisonnables. Le risque qu’il y ait de graves atteintes à la vie privée de personnes non concernées par les activités qui font l’objet de l’enquête ne peut être ignoré pour la simple raison qu’il n’est pas porté à l’attention de la cour par l’une d’entre elles. Puisqu’il est peu probable que ces personnes sachent qu’on a porté atteinte à leur vie privée, ces atteintes échapperaient à tout examen et l’objet de l’art. 8 ne serait pas réalisé.

Bien qu’il ait reconnu, aux pp. 1143 et 1144, que même l’interception des communications faites au moyen d’un téléphone privé pourrait donner lieu à une atteinte à la vie privée de tiers innocents, le juge Sopinka a précisé qu’il s’agissait d’un fait inévitable que le législateur fédéral avait manifestement estimé justifié dans des circonstances appropriées. Cependant, il ajoute, à la p. 1144, que «la possibilité d’atteinte à la vie privée de personnes innocentes peut prendre des proportions tellement importantes dans certains cas qu’elle doit être reconnue expressément au même titre que les intérêts qu’il y a à enquêter sur un crime». Il conclut, à la p. 1145 que «compte tenu de l’étendue de l’atteinte à la vie privée autorisée en l’espèce, l’absence de toute protection du public a entraîné un risque que des fouilles, perquisitions et saisies abusives soient effectuées».

From this, it seems, the majority agrees, at para. 38, that at least in “somewhat rare circumstances” the extent of invasion of privacy of members of the public may be constitutionally relevant. I have no doubt that it is relevant and, in my view, the cases are not confined to massive invasions of privacy but to other situations where one can reasonably conclude that the public right to be secure against unreasonable search and seizure has been infringed. The wilful and forcible breaking in of the home of a person other than the accused would appear to me to be a candidate for consideration. A stronger case would be a break-in by state agents for less compelling reasons than criminal law enforcement. Not to accept this point of view is to accord greater protection to the right of privacy to the accused or other wrongdoer than to a person against whom there may be no reasonable suspicion of wrongdoing. That seems to me to turn the citizen’s *Charter* right to be left alone on its head. We exercise discretion to exclude evidence obtained by unconstitutional searches from being used against an accused, even when it would clearly establish guilt, not to protect criminals but because the only really effective safeguard for the protection of the constitutional right we all share is not to allow use of evidence obtained in violation of this public right when doing so would bring the administration of justice into disrepute. There are other remedies such as trespass, it is true, but these are not constitutional remedies and they are not equal to the task.

I should, before going on, point out that the notion of a public right to be left alone, or in *Charter* terminology “to be secure against unreasonable search or seizure”, is not confined to the cases I have cited; for discussions of the issue, see, for example, Donald L. Doernberg, “The Right of the People’: Reconciling Collective and Individual

Il semble ressortir de ce qui précède que les juges formant la majorité conviennent, au par. 38, qu’«[e]n de rares circonstances» au moins, l’étendue de l’atteinte à la vie privée de membres du public peut être pertinente sur le plan constitutionnel. Je n’ai aucun doute que cela est pertinent et, à mon avis, la jurisprudence ne se limite pas aux cas d’atteintes massives à la vie privée, mais vise aussi d’autres situations où l’on peut raisonnablement conclure qu’il y a eu violation du droit du public à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. L’introduction intentionnelle et par la force dans la maison d’une personne autre que l’accusé me paraîtrait mériter un examen. Un exemple encore plus frappant serait le cas où des représentants de l’État s’introduiraient illicitement dans un lieu pour des motifs moins impérieux que l’application du droit criminel. Ne pas accepter ce point de vue revient à protéger davantage le droit à la vie privée d’un accusé ou autre malfaiteur que celui d’une personne qui ne peut raisonnablement être soupçonnée de quoi que ce soit. À mon avis, cela semble contrecarrer le droit de ne pas être importuné que la *Charte* garantit au citoyen. Nous exerçons notre pouvoir discrétionnaire d’empêcher que des éléments de preuve obtenus dans le cadre de fouilles ou perquisitions inconstitutionnelles soient utilisés contre un accusé, même dans le cas où ils établiraient clairement sa culpabilité, et ce, non pas pour protéger des criminels mais parce que la seule véritable garantie efficace du droit dont nous jouissons tous en vertu de la Constitution réside dans l’interdiction d’utiliser des éléments de preuve obtenus en violation de ce droit du public lorsque cette utilisation serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Certes, il existe d’autres réparations, comme en matière de violation du droit de propriété, mais elles ne sont pas de nature constitutionnelle et ne sont pas suffisantes.

Avant de poursuivre, je tiens à préciser que la notion du droit du public de ne pas être importuné ou de bénéficier de la «protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», pour employer la terminologie de la *Charte*, n’est pas limitée à la jurisprudence que j’ai citée; pour des analyses de la question, voir, par exemple,

Interests Under the Fourth Amendment” (1983), 58 *N.Y.U. L. Rev.* 259; David A. Macdonald, Jr., “Standing to Challenge Searches and Seizures: A Small Group of States Chart Their Own Course” (1990), 63 *Temp. L. Rev.* 559; Jonathan Dawe, “Standing to Challenge Searches and Seizures Under the Charter: The Lessons of the American Experience and Their Application to Canadian Law” (1993), 52 *U.T. Fac. L. Rev.* 39. Just how far the public’s right should go, or to what extent appropriate nuances would have to be made in applying s. 24(2) of the *Charter*, I need not enter into here. It would be inappropriate since the issue of the public right was not even raised; that is the threshold objection I have to my colleagues’ reasons (though I confess it is far from exhausting my disagreement with their approach). For the moment, I simply point out that the state courts in the United States that have refused in interpreting their State Constitutions to follow the constricted approach of the United States Supreme Court have followed a variety of paths, and it would seem to me that the proper course in Canada would be to assess the matter in the crucible of experience, rather than by taking an abstract position on the issue. My colleagues suggest that if a flagrant case arose, it could be dealt with on the basis of abuse of process. To adopt this type of “Chancellor’s foot” approach, while curtailing the possibility of developing in a principled way in the light of experience the constitutional provision specifically aimed at the evil, seems to me to be at best incongruous.

Donald L. Doernberg, ««The Right of the People»: Reconciling Collective and Individual Interests Under the Fourth Amendment» (1983), 58 *N.Y.U. L. Rev.* 259; David A. Macdonald, Jr., «Standing to Challenge Searches and Seizures: A Small Group of States Chart Their Own Course» (1990), 63 *Temp. L. Rev.* 559; Jonathan Dawe, «Standing to Challenge Searches and Seizures Under the Charter: The Lessons of the American Experience and Their Application to Canadian Law» (1993), 52 *U.T. Fac. L. Rev.* 39. Je n’ai pas à me demander ici jusqu’où devrait aller le droit du public, ni dans quelle mesure il conviendrait de nuancer l’application du par. 24(2) de la *Charte*. Cela ne serait pas approprié puisque la question du droit du public n’a même pas été soulevée; il s’agit là de mon objection préliminaire aux motifs de mes collègues (quoique j’admette qu’elle est loin d’expliquer en entier mon désaccord avec leur point de vue). Pour l’instant, je souligne simplement que des tribunaux américains ont emprunté diverses voies après avoir refusé de suivre la méthode restrictive de la Cour suprême des États-Unis en interprétant la Constitution de leurs États respectifs; il me semble qu’au Canada on devrait apprécier la question en fonction de l’expérience acquise, au lieu d’adopter une position abstraite à cet égard. Mes collègues laissent entendre que, dans un cas flagrant, on pourrait se fonder sur l’abus de procédure pour la régler. Il me semble au mieux incongru d’adopter ce type d’analyse variable et de restreindre en même temps la possibilité que la disposition constitutionnelle conçue spécifiquement pour remédier au problème évolue d’une façon structurée en fonction de l’expérience acquise.

66

As I mentioned earlier, some aspects of the majority’s reasons seem to leave some opening for a public right consistent with *Thompson, supra*, but this possible avenue appears to be closed by that portion of their reasons where they purport to set forth the law by a series of syllogisms. This is the part that perhaps most concerns me about their reasons. Syllogistic reasoning has its place, no doubt, but that can only be so long as the premises are sound. It will be evident from my previous discussion that I do not agree with all these premises

Comme je l’ai mentionné, certains aspects des motifs majoritaires semblent permettre jusqu’à un certain point l’existence d’un droit du public compatible avec l’arrêt *Thompson*, précité; cependant, cette possibilité paraît restreinte par la partie des motifs où mes collègues sont censés exposer l’état du droit par une série de syllogismes. C’est cette partie de leurs motifs qui me préoccupe peut-être le plus. Un raisonnement syllogistique est certes pertinent, mais seulement dans la mesure où il se fonde sur des prémisses valables. Il est évident,

in so far as they purport to be based on the decisions of this Court. For example, I see no reason why, if we all share in the public right under s. 8, we cannot have resort to s. 24(2) if evidence so obtained is adduced against us. Nor do I read *Hunter, supra*, as being confined to an individual's personal right to privacy, and indeed this issue was expressly left open (see p. 158). But what I find especially distressing is my colleagues' embracement of recent United States authorities on the subject, whether directly or through the medium of Canadian cases in the courts below that have accepted these. It was specifically in this connection that Dickson J. in *Hunter, supra*, first warned against the uncritical acceptance of American cases. And this with good reason. The decisions of the United States courts on this subject, and specifically those of the Supreme Court, have not received undiluted acclaim in that country. As early as 1973, the renowned scholar, Roger B. Dworkin, succinctly described them as "a mess"; see Dworkin, "Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering" (1973), 48 *Ind. L.J.* 329, at p. 329. Similarly, Professor Amsterdam, who wrote extensively in the field, in a piece of studied understatement, described their efforts as "not the Supreme Court's most successful product"; see Amsterdam "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, at p. 349. In the years since, Professor Doernberg, *supra*, at p. 259, tells us "the situation has not improved".

The sorry state of the law in the United States is a product of history. It seems unfortunate that this Court has the irresistible urge to repeat it. That history is succinctly set forth by Dawe, *supra*, at pp. 43 *et seq.*, and I shall not attempt to discuss it at any length; see also the other articles I have just cited. Suffice it to say that despite the broad language in which the Fourth Amendment is framed ("The right of the people to be secure in their per-

d'après l'analyse que je viens de faire, que je ne suis pas d'accord avec toutes ces prémisses dans la mesure où elles sont censées se fonder sur la jurisprudence de notre Cour. Par exemple, si nous bénéficions tous du droit garanti au public par l'art. 8, je ne vois pas pourquoi nous ne pourrions pas invoquer le par. 24(2) si les éléments de preuve ainsi obtenus sont présentés contre nous. Je ne considère pas non plus que l'arrêt *Hunter*, précité, est limité à un droit personnel à la vie privée; en fait, notre Cour s'est explicitement abstenue de trancher cette question (voir p. 158). Cependant, je trouve particulièrement affligeant que mes collègues souscrivent à la récente jurisprudence américaine sur le sujet, que ce doit directement ou par l'intermédiaire de la jurisprudence canadienne des tribunaux inférieurs qui l'ont acceptée. C'est précisément à cet égard que, dans l'arrêt *Hunter*, précité, le juge Dickson a fait une première mise en garde contre l'acceptation aveugle de la jurisprudence américaine, et ce, avec raison. La jurisprudence des tribunaux américains sur le sujet, et plus particulièrement celle de la Cour suprême, n'a pas été accueillie sans réserve aux États-Unis. Dès 1973, l'auteur réputé Roger B. Dworkin l'a qualifiée succinctement de [TRADUCTION] «fouillis»; voir Dworkin, «Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering» (1973), 48 *Ind. L.J.* 329, à la p. 329. De même, le professeur Amsterdam, qui a abondamment écrit sur le sujet, affirme, dans une litote délibérée, que cette jurisprudence [TRADUCTION] «ne constitue pas le plus heureux produit de la Cour suprême»; voir Amsterdam «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, à la p. 349. Selon le professeur Doernberg, *loc. cit.*, à la p. 259, [TRADUCTION] «la situation ne s'est pas améliorée» depuis.

L'état déplorable du droit américain résulte de l'histoire. Il semble malheureux que notre Cour ressente le besoin irrésistible de répéter l'expérience. Dawe, *loc. cit.*, aux pp. 43 *et suiv.*, expose succinctement cette histoire et je ne tenterai pas d'en faire un examen détaillé; voir aussi les autres articles que je viens de citer. Il suffit de dire que, malgré le libellé général du Quatrième amendement ([TRADUCTION] «Le droit des citoyens d'être

sons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures . . .”), the lower federal courts early restricted it to situations where the claimant had some proprietary interest in the goods seized or the place searched. In *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960), however, the Supreme Court rejected this narrow property-based approach, and began a process affording wider rules of standing for individuals involving the Fourth Amendment. Of particular importance for Canada is *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), where the court effectively expanded the ambit of this provision by focusing the protection afforded by it on privacy rather than protected places. This was, of course, the case to which this Court turned for guidance in developing its approach to s. 8 of the *Charter* in *Hunter, supra*. From this base this Court has had some success in developing the protection afforded by that provision in some areas beyond what the United States Supreme Court had done even in its more liberal days, an approach fed of course by the conviction that privacy, the right to be left alone, is at the heart of liberty in a modern state. As such, the right to be secure against unreasonable search or seizure belongs to all of us.

garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies déraisonnables . . .»), les tribunaux fédéraux d'instance inférieure ont tôt fait d'en restreindre l'application aux situations où le demandeur avait un droit de propriété sur les biens saisis ou le lieu de la perquisition. Cependant, dans l'arrêt *Jones c. United States*, 362 U.S. 257 (1960), la Cour suprême a rejeté cette analyse restrictive fondée sur la propriété et a instauré une procédure permettant d'établir des règles plus générales en matière de qualité pour agir des individus visés par le Quatrième amendement. L'arrêt *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967), est particulièrement important pour le Canada; dans cet arrêt, la Cour suprême élargit en fait la portée du Quatrième amendement en axant la protection qu'il offre sur le droit à la vie privée plutôt que sur les lieux visés. C'est évidemment l'arrêt dont notre Cour s'est inspirée dans *Hunter*, précité, pour interpréter l'art. 8 de la *Charte*. Depuis, notre Cour a réussi jusqu'à un certain point à étendre la protection offerte par cette disposition à des domaines dans lesquels la Cour suprême des États-Unis, même à l'époque où elle était plus libérale, ne s'était pas aventurée, une attitude évidemment fondée sur la conviction que le droit à la vie privée, le droit de ne pas être importuné, est au cœur de la liberté dans un État moderne. C'est pourquoi le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives appartient à tous et chacun d'entre nous.

68 A wholly different direction has been taken in recent jurisprudence in the United States. Beginning with *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978), the post-Warren court has systematically narrowed the ambit of the Fourth Amendment by rejecting the various rules of standing created in the years when the court was expanding the protection afforded by the Fourth Amendment. Oddly enough, in doing so, it has employed the concept of privacy which we saw had served as a tool for expanding the ambit of the Fourth Amendment, by narrowly constricting it to the most obvious interferences with the accused's personal privacy. So successful has it been in that endeavour that the protection now afforded by the Fourth Amendment is in at least a number of ways narrower than that

Une orientation tout à fait différente a été adoptée dans la jurisprudence récente aux États-Unis. Après l'époque Warren, la Cour suprême, en commençant par l'arrêt *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978), a systématiquement restreint la portée du Quatrième amendement en rejetant les diverses règles en matière de qualité pour agir, qui avaient été établies pendant les années où la Cour élargissait la protection accordée par cet amendement. Chose assez curieuse, elle s'est fondée à cette fin sur le concept du droit à la vie privée qui, comme nous l'avons vu, avait servi à élargir la portée du Quatrième amendement, et en a strictement restreint l'application aux cas les plus évidents d'atteintes à la vie privée de l'accusé. La Cour a si bien réussi que la protection maintenant offerte par

afforded under the early restrictive property concept. The approach seems largely motivated by the social costs attendant upon the application of the strict exclusionary rule in the United States. But quite apart from the fact that s. 24(2) of the *Charter* provides a balancing instrument in Canada, the truth of the matter is that there are social costs in giving state agents wide discretion in interfering with the right of the public and of the individual to be left alone that warrant consideration in defining the right. In the absence of close consideration of the underlying policies (and these were not even addressed in the argument), I think it unwise for this Court to adopt the American approach.

As I mentioned, however, I agree with the conclusion of my colleagues, but I do so on the narrow ground that the appeal is not properly before us as of right. As my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, indicates in her separate reasons, the dissent in the Court of Appeal deals only with whether, on the facts as found by the trial judge, the accused had a reasonable expectation of privacy in his girlfriend's apartment. The formal order cannot be read as expanding the basis of the dissent which is quite explicit. Standing raises a separate issue. I add as a footnote that the argument on this issue in this Court was made on the basis of the narrow perspective adopted in the United States courts without any real attention to the broader view of the ambit of s. 8 espoused in a number of statements in this Court. Even on this broader basis, it is open to doubt that the appellant would have succeeded. From what I can determine from the unsatisfactory state of the factual findings, we appear to be concerned at best with a constructive break-in where the appellant's girlfriend led the police to the evidence. This would appear to have some affinity to the situation described in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 41, where the Court drew a line between statements of an accused obtained by electronic surveillance by the police, which fell within the protection accorded by s. 8, and statements made by the accused to a trusted individual

le Quatrième amendement est, du moins à certains égards, plus restreinte que celle qui existait en vertu de l'ancien concept restrictif de la propriété. Cela semble en grande partie résulter des coûts sociaux liés à l'application de la règle d'exclusion stricte en vigueur aux États-Unis. Cependant, si l'on exclut le fait que le par. 24(2) de la *Charte* fournit un instrument de pondération au Canada, il reste qu'en définissant le droit du public et du particulier de ne pas être importunés, il y a lieu de prendre en considération les coûts sociaux rattachés au fait de donner à des représentants de l'État un vaste pouvoir discrétionnaire de porter atteinte à ce droit. En l'absence d'une analyse détaillée des politiques sous-jacentes (qui n'ont même pas été abordées dans la plaidoirie), j'estime qu'il est malavisé que notre Cour adopte le point de vue américain.

Toutefois, comme je l'ai mentionné, je suis d'accord avec la conclusion de mes collègues, mais seulement pour l'unique raison qu'il n'y avait, en l'espèce, aucun droit d'appel de plein droit. Comme ma collègue le juge L'Heureux-Dubé l'indique dans des motifs distincts, la dissidence en Cour d'appel porte uniquement sur la question de savoir si, d'après les conclusions de fait du juge du procès, l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de son amie. Le dispositif ne peut s'interpréter comme étendant le motif de dissidence qui est fort explicite. La qualité pour agir est une question distincte. J'ajoute que l'argument qui nous a été présenté relativement à cette question se fondait sur le point de vue restrictif adopté par les tribunaux américains et ne s'attardait pas réellement à la portée plus large que notre Cour a reconnue à l'art. 8 dans un certain nombre de ses énoncés. Même pour ce motif plus général, on peut douter que l'appelant aurait eu gain de cause. Selon ce que je peux déduire de l'insuffisance des conclusions de fait, il semble que nous nous trouvions au mieux en présence d'un cas d'introduction par effraction «par imputation», où l'amie de l'appelant a dirigé la police vers les éléments de preuve. Cela semblerait présenter une certaine similitude avec la situation décrite dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 41, où notre Cour a établi une

and revealed by the latter to the police, which did not. What concerns me here is that the majority would appear to have foreclosed the possibility of development where the security of the public could reasonably be held to be engaged.

The following are the reasons delivered by

70 L'HEUREUX-DUBÉ J. — Although I substantially agree with Justice Cory's reasons and the result he reaches, I have some concern about the issue of the relevance of a breach of a third-party *Charter* right in the context of this case.

71 Since this is an appeal as of right, that issue, in my view, does not arise. The dissent deals only with whether, on the findings of the trial judge, the accused had a reasonable expectation of privacy in Ms. Evers' apartment. The formal order cannot be read as expanding the basis of the dissent on the issue of standing as the reasons of the dissent are very explicit. Standing is quite a separate argument which was not dealt with in the Court of Appeal judgment.

The following are the reasons delivered by

72 GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of my colleagues. I concur with Justice La Forest that the appeal be dismissed as not properly before us as of right. The dissent in the Court of Appeal was as to whether the accused had a reasonable expectation of privacy. I share the views of Justice Cory that he did not. I refrain from commenting on the other issues referred to by my colleagues.

distinction entre les déclarations d'un accusé que la police avait obtenues par surveillance électronique, qui bénéficiaient de la protection offerte par l'art. 8, et celles que l'accusé avaient faites à un ami en qui il avait confiance, mais que ce dernier avait divulguées à la police, lesquelles n'étaient pas protégées. En l'espèce, je suis tout particulièrement préoccupé par le fait que les juges formant la majorité sembleraient avoir écarté toute possibilité d'évolution dans les cas où l'on pourrait raisonnablement conclure que la sécurité du public est en cause.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Bien que je sois substantiellement en accord avec les motifs du juge Cory et avec le résultat auquel il arrive, dans le contexte de la présente affaire je m'interroge sur la pertinence de traiter de la violation des droits d'un tiers garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Puisqu'il s'agit d'un pourvoi de plein droit, j'estime que cette question ne se pose pas. La dissidence porte uniquement sur la question de savoir si, d'après les conclusions du juge du procès, l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de M^{me} Evers. Le dispositif ne peut s'interpréter comme étendant le fondement de la dissidence à la question de la qualité pour agir puisque les motifs de la dissidence sont fort explicites. La qualité pour agir constitue un argument tout à fait distinct qui n'a pas été traité dans l'arrêt de la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues. Je suis d'accord avec le juge La Forest pour rejeter le pourvoi parce qu'il n'y avait, en l'espèce, aucun droit d'appel de plein droit. La dissidence, en Cour d'appel, portait sur la question de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. À l'instar du juge Cory, je réponds à cette question par la négative. Je m'abstiens de commenter les autres questions mentionnées par mes collègues.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

*Solicitor for the appellant: Keith E. Wright,
Toronto.*

*Procureur de l'appelant: Keith E. Wright,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney Gen-
eral of Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du
Canada, Toronto.*

Israël Goldstein, in his capacity as trustee in the bankruptcy of Chablis Textiles Inc. Appellant

v.

London Life Insurance Company Respondent

INDEXED AS: CHABLIS TEXTILES INC. (TRUSTEE OF) v. LONDON LIFE INSURANCE CO.

File No.: 24130.

1995: October 13; 1996: February 8.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Insurance — Life insurance — Exclusion clause — Starting point of suicide exclusion period — Effect of backdating and increase in coverage on exclusion period — Civil Code of Lower Canada, arts. 2516, 2532.

On September 8, 1980, the insured signed an application for insurance on his life in the amount of \$500,000. For reasons related to the calculation of premiums on the basis of age, the respondent insurance company and the insured agreed to select September 26 as the policy date. The policy issued on November 11, 1980 contained a suicide exclusion clause that was to be effective for two years from that date. On November 14, 1980, the insurer received payment of the initial premium and the insured agreed to an amendment to the original application, the effect of which was to reduce the coverage for accidental death. On January 12, 1981, an application was made to change the original policy by increasing the sum insured to \$1,000,000, designating a new beneficiary and changing the policy date to January 26, 1981. On February 9, 1981, the modified policy was issued after the insured had provided new evidence of insurability by undergoing a medical examination. That policy was assigned the same identification number and included the same clauses as the original policy, while incorporating the requested changes. On October 20, 1982, the insured committed suicide. Since the company that was the beneficiary under the policy had declared bankruptcy, it was the appellant trustee who sued for performance of the contract. The insurer refused to pay

Israël Goldstein, ès qualités de syndic à la faillite de Chablis Textiles Inc. Appellant

c.

London Life Insurance Company Intimée

RÉPERTORIÉ: CHABLIS TEXTILES INC. (SYNDIC DE) c. LONDON LIFE INSURANCE CO.

N° du greffe: 24130.

1995: 13 octobre; 1996: 8 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Assurance-vie — Clause d'exclusion — Point de départ du délai d'exclusion de garantie en cas de suicide — Effet de l'antidate et de l'augmentation de couverture sur ce délai d'exclusion — Code civil du Bas-Canada, art. 2516, 2532.

Le 8 septembre 1980, l'assuré signe une proposition d'assurance sur sa vie au montant de 500 000 \$. Pour des motifs liés à la tarification eu égard à l'âge, la compagnie d'assurance intimée et l'assuré conviennent de retenir la date du 26 septembre comme date de la police. La police émise le 11 novembre 1980 contient une clause d'exclusion de garantie en cas de suicide qui doit produire effet pendant deux ans à compter de cette date. Le 14 du même mois, l'assureur reçoit le paiement de la première prime, et l'assuré accepte une modification à la proposition originale ayant pour effet de réduire la couverture en cas de mort accidentelle. Le 12 janvier 1981, une demande de modification de la police originale est présentée, afin que le capital assuré soit porté à 1 000 000 \$, qu'un nouveau bénéficiaire soit désigné et que la date de la police soit remplacée par le 26 janvier 1981. Le 9 février 1981, la police modifiée est émise, après que l'assuré eut fourni une nouvelle preuve d'assurabilité en passant un examen médical. Cette police reprend le numéro d'identification et comprend les mêmes clauses que la police originale, tout en y incorporant les changements demandés. Le 20 octobre 1982, l'assuré se suicide. La société bénéficiaire de l'assurance ayant déclaré faillite, c'est le syndic appellant qui présente une demande en exécution de contrat. L'assu-

on the basis of the suicide exclusion clause. Under art. 2532 *C.C.L.C.*, such a clause is without effect if the suicide occurs after two years of uninterrupted insurance. The Superior Court held that September 26, 1980 was the starting point of the two-year period provided for in art. 2532 and ordered the insurer to pay the trustee \$1,000,000. The Court of Appeal allowed the insurer's appeal, concluding that November 14, 1980 was the starting point of the exclusion period.

Held: The appeal should be allowed.

In theory, the legal suicide exclusion period begins to run when the insurance contract comes into effect. In the case of life insurance, the three conditions provided for in art. 2516 *C.C.L.C.* must be fulfilled concurrently for the insurance to become effective. In this case, the conditions set out in art. 2516 were not met until November 14, 1980, since it was on that date that the modified application was accepted by the insurer and the initial premium paid, and there had been no change in the insurability of the risk since the date the application was signed. Thus, *prima facie*, the insurance contract seems to have become effective on November 14. The stipulation in the insurance contract that it will not come into force until the policy is delivered to the insured must be disregarded, as it adds to the requirements set out in art. 2516, which is prohibited by the second paragraph of art. 2500 *C.C.L.C.* Since art. 2516 is a provision of relative public order, however, nothing precludes the parties to an insurance contract from stipulating that it will come into effect on a date earlier than that imposed by the Code to the extent that such a derogation is favourable to the policyholder. Thus, where the parties choose to indicate an effective date on the policy that, while later than the date the application is signed, is prior to the date it is accepted, on the day the premium is paid, provided that there has been no change in insurability, the insurance contract will come into effect retroactively as of the date selected by the parties. The consequence of the parties' decision to backdate when preparing the original policy was therefore to move the effective date of the insurance contract to September 26, 1980, and the exclusion period provided for in art. 2532 had to run from that date. This insurance contract was not without an object. A period for which the insurer would receive payment in the form of a premium began to run on September 26, and it was also as of that date that the risks were assessed and the benefits insured. Although the insurer would not have had to pay compensation had the insured died between September 26 and November 14, since the conditions for the contract to come into effect had not yet been fulfilled at that time, once those condi-

teur refuse de payer invoquant la clause d'exclusion de garantie en cas de suicide. En vertu de l'art. 2532 *C.c.B.-C.*, une telle clause est sans effet si le suicide survient après deux ans d'assurance ininterrompue. La Cour supérieure statue que le 26 septembre 1980 constitue le point de départ du délai de deux ans prévu à l'art. 2532 et condamne l'assureur à verser au syndic 1 000 000 \$. La Cour d'appel accueille l'appel de l'assureur, concluant que le 14 novembre 1980 est le point de départ du délai d'exclusion de garantie.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En principe, c'est lors de la prise d'effet du contrat d'assurance que le délai légal d'exclusion de garantie en cas de suicide commence à courir. En matière d'assurance-vie, c'est l'existence concurrente des trois conditions prévues à l'art. 2516 *C.c.B.-C.* qui déclenche la prise d'effet de l'assurance. En l'espèce, les conditions posées par l'art. 2516 n'ont été remplies que le 14 novembre 1980 puisque c'est à cette date que la proposition modifiée a été acceptée par l'assureur et que la première prime a été payée, sans que l'assurabilité du risque n'ait été modifiée depuis la date de signature de la proposition. À première vue, le contrat d'assurance semble donc avoir pris effet le 14 novembre. La stipulation au contrat d'assurance qui subordonne la prise d'effet à la livraison de la police à l'assuré doit être mise de côté, car elle ajoute aux exigences posées par l'art. 2516, ce que ne permet pas l'al. 2 de l'art. 2500 *C.c.B.-C.* Toutefois, l'art. 2516 étant d'ordre public relatif, rien n'empêche les parties à un contrat d'assurance de prévoir une prise d'effet qui soit antérieure à celle qu'impose le Code dans la mesure où une telle dérogation favorise le preneur. Ainsi, lorsque les parties choisissent d'indiquer sur la police une date de prise d'effet qui, tout en étant postérieure à celle de la signature de la proposition, est antérieure à celle de son acceptation, au jour du paiement de la prime, sous réserve du maintien de l'assurabilité, le contrat d'assurance prendra rétroactivement effet à la date retenue par les parties. La décision des parties de recourir à l'antidate, lors de la préparation de la police initiale, a donc eu pour effet de déplacer au 26 septembre 1980 la date de la prise d'effet du contrat d'assurance, et le délai d'exclusion de garantie prévu à l'art. 2532 doit courir à compter de cette date. Ce contrat d'assurance n'était pas sans objet. À compter du 26 septembre commençait à s'écouler une période pendant laquelle l'assureur recevrait rémunération, sous forme de prime, et c'est également à compter de cette date que les risques furent évalués et les avantages assurés. Même si l'assureur n'aurait pas eu à verser compensation si l'assuré était décédé entre le 26 septembre et le 14 novembre, puisqu'il n'avait pas encore

tions were met, the insurance contract came into effect retroactively. The scheme of the relevant provisions of the *Civil Code* does not necessarily mean that there cannot be insurance during a given period by retroactive operation of a suspensive condition without a correlative obligation on the insurer's part to pay compensation in the event of a loss. Finally, although it appears from the suicide exclusion clause that the parties agreed to have the two-year period run from November 11, 1980, art. 2532 requires that the intention of the parties as to the effective date of the contract be determined without regard to what may have been stipulated in that clause. A review of the contract as a whole reveals that the parties intended the insurance to commence on September 26, 1980. The exclusion clause could therefore apply only until September 26, 1982. Since the insured committed suicide on October 20, 1982, the insurer could not refuse to pay the first \$500,000 of the policy proceeds.

The existence of a new insurance contract does not entail the calculation of a new suicide exclusion period in every case. In light of the interpretation given to art. 2532, this exclusion period cannot run more than once within a single insurance contract. Where there is a new contract, it is necessary to determine in each case, in light of the particular circumstances, whether the new contract merely reproduces the essence of the one it replaces or whether, in replacing it, it has added thereto in such a way as to lead to the conclusion that there is no continuity between the two documents and the obligations thereunder. Such an exercise is not necessary here, as there are a number of factors that make it possible to assert that there was from the outset only one insurance contract between the parties. The increase in coverage to which the insurer agreed in February 1981 results only from a variation of the contract in effect since September 26, 1980. Consequently, the new suicide exclusion clause, which was, according to the terms of the contract, to be valid as of February 9, 1981, could not apply, and the insurer could therefore not rely on it as a basis for refusing to pay the second \$500,000 portion of the policy proceeds.

Cases Cited

Referred to: *McClelland and Stewart Ltd. v. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 6; *General Trust of Canada v. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie*, [1990] 2 S.C.R. 1185;

été satisfait à l'époque aux conditions de prise d'effet du contrat, une fois ces conditions remplies, le contrat d'assurance prenait effet rétroactivement. L'économie des dispositions du *Code civil* en la matière ne s'oppose pas nécessairement à ce qu'il y ait assurance au cours d'une période donnée, par opération rétroactive d'une condition suspensive, sans obligation correlative de compenser en cas de sinistre pour l'assureur. Enfin, bien qu'il semble, d'après la clause d'exclusion de garantie en cas de suicide, que les parties ont convenu de faire courir le délai de deux ans à compter du 11 novembre 1980, l'art. 2532 impose la recherche de l'intention des parties quant à la prise d'effet du contrat, sans égard à ce qui peut être prévu à cette clause. L'examen de l'ensemble du contrat démontre que les parties ont voulu que l'assurance débute le 26 septembre 1980. La clause d'exclusion de garantie ne pouvait donc s'appliquer que jusqu'au 26 septembre 1982. Puisque l'assuré s'est suicidé le 20 octobre 1982, l'assureur ne pouvait refuser de verser la première tranche de 500 000 \$ de la somme assurée.

La présence d'un nouveau contrat d'assurance n'emporte pas dans tous les cas la computation d'un nouveau délai d'exclusion de garantie en cas de suicide. À la lumière de l'interprétation donnée à l'art. 2532, ce délai d'exclusion ne peut courir plus d'une fois à l'intérieur d'un même contrat d'assurance. Là où il y a un nouveau contrat, il faut déterminer dans chaque cas, au vu des circonstances de l'espèce, si le nouveau contrat ne fait que reproduire l'essentiel de celui auquel il se substitue, ou si, en le remplaçant, il y ajoute de telle façon que l'on puisse conclure à l'absence de continuité entre les deux documents et les obligations qu'ils imposent. Un tel exercice n'est pas nécessaire ici puisque de nombreux facteurs permettent d'affirmer que, depuis le début, il n'y a eu qu'un seul contrat d'assurance entre les parties. L'augmentation de couverture, à laquelle l'assureur a consenti en février 1981, ne résulte en effet que d'une modification du contrat en vigueur depuis le 26 septembre 1980. En conséquence, la nouvelle clause d'exclusion de garantie en cas de suicide, dont la période de validité devait débiter, selon les termes du contrat, le 9 février 1981, ne pouvait s'appliquer, et l'assureur ne pouvait donc l'invoquer pour refuser de verser la seconde tranche de 500 000 \$ de la somme assurée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *McClelland and Stewart Ltd. c. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 R.C.S. 6; *Trust Général du Canada c. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie*, [1990] 2 R.C.S.

Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu, [1990] 2 S.C.R. 995; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Bondu v. N.N. Compagnie d'assurance-vie du Canada*, [1994] R.R.A. 745; *Lévesque v. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [1993] R.J.Q. 2220.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada [am. 1974, c. 70, s. 2], arts. 1018, 1078.1 [en. 1982, c. 32, s. 59; am. *idem*, c. 58, s. 1], 2476, 2500 [am. 1979, c. 33, s. 47], 2516, 2524, 2532.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2425, 2441.

Authors Cited

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 1. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM Inc., 1989.
Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 2. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM Inc., 1992.
Ghestin, Jacques, avec le concours de Marc Billiau. *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat*. Paris: L.G.D.J., 1992.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 627, 61 Q.A.C. 207, [1994] I.L.R. ¶1-3058, reversing a judgment of the Superior Court, [1989] R.J.Q. 2197. Appeal allowed.

Gilles Paquin and Yoine Goldstein, for the appellant.

Peter A. Graham, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — This appeal requires a review of the scope timewise of clauses in life insurance contracts that provide for exclusion from coverage in the event of suicide. More specifically, it requires this Court to determine when the exclusion period commences in specific circumstances, namely the backdating of a policy and an increase in coverage while the contract is in effect.

1185; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Bondu c. N.N. Compagnie d'assurance-vie du Canada*, [1994] R.R.A. 745; *Lévesque c. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [1993] R.J.Q. 2220.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada [mod. 1974, ch. 70, art. 2], art. 1018, 1078.1 [ad. 1982, ch. 32, art. 59], 2476, 2500 [mod. 1979, ch. 33, art. 47], 2516, 2524, 2532.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2425, 2441.

Doctrine citée

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 1. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM Inc., 1989.
Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 2. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM Inc., 1992.
Ghestin, Jacques, avec le concours de Marc Billiau. *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat*. Paris: L.G.D.J., 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 627, 61 Q.A.C. 207, [1994] I.L.R. ¶1-3058, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 2197. Pourvoi accueilli.

Gilles Paquin et Yoine Goldstein, pour l'appellant.

Peter A. Graham, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Ce pourvoi commande l'examen de la portée temporelle des clauses d'exclusion de garantie en cas de suicide dans les contrats d'assurance sur la vie. Plus particulièrement, il requiert de cette Cour qu'elle précise le point de départ du délai d'exclusion en présence des circonstances particulières que sont le recours à l'antidate et l'augmentation de couverture en cours de contrat.

I — Facts

2

The facts of this case are not in dispute. For greater clarity, it seems appropriate to set them out in the form of a synoptic table, arranged in chronological order:

September 8, 1980: The late Howard Kape signed an application for insurance on his life in the amount of \$500,000 on behalf of K & A Textiles Inc., of which he was the president, which was sent to the respondent London Life Insurance Company.

September 26, 1980: Date of the original policy (Policy Date). Since the insured was born on September 27, 1947, the parties agreed to date it September 26 so that he might qualify for lower premiums, *inter alia*. In return, the premiums became payable as of that date.

November 11, 1980: The original policy was issued. It was dated September 26, 1980 (Policy Date) but also bore the date November 11, 1980 as the "Issue Date".

November 14, 1980: London Life received payment of the initial premium. It was also on November 14 that the insured agreed to an amendment to the original application, the effect of which was to reduce the coverage for accidental death.

January 12, 1981: An application was made to change the original policy by increasing the sum insured to \$1,000,000, designating a new beneficiary and changing the policy date to January 26, 1981.

January 26, 1981: Date of the modified policy (Policy Date).

February 9, 1981: The modified policy was issued after the insured Kape had provided new evidence of insurability by undergoing a medical examination. That policy was assigned the same identification number as the original policy and stipulated that Chablis Textiles Inc. was the beneficiary and owner thereof. It was dated both January 26, 1981 and February 9, 1981 (Issue Date).

October 20, 1982: The insured Kape committed suicide.

I — Les faits

Les faits de l'espèce ne sont pas contestés. Par souci de clarté, il m'a paru approprié de les reprendre sous forme de tableau synoptique, en suivant l'ordre chronologique:

8 septembre 1980: Feu Howard Kape signe, au nom de la société K & A Textiles Inc. dont il est le président, une proposition d'assurance sur sa vie au montant de 500 000 \$, qui sera transmise à l'intimée London Life Insurance Company.

26 septembre 1980: Date que porte la police d'origine (*Policy Date*). L'assuré étant né le 27 septembre 1947, les parties ont convenu de retenir la date du 26 septembre afin de lui permettre, notamment, de bénéficier de primes moindres. En contrepartie, les primes devinrent payables à compter de cette date.

11 novembre 1980: La police originale est émise. Elle porte la date du 26 septembre 1980 (*Policy Date*), mais également celle du 11 novembre 1980 à titre de date d'émission (*Issue Date*).

14 novembre 1980: London Life reçoit le paiement de la première prime. C'est également le 14 novembre que l'assuré accepte une modification à la proposition originale ayant pour effet de réduire la couverture en cas de mort accidentelle.

12 janvier 1981: Une demande de modification de la police originale est présentée, afin que le capital assuré soit porté à 1 000 000 \$, qu'un nouveau bénéficiaire soit désigné et que la date de la police soit remplacée par le 26 janvier 1981.

26 janvier 1981: Date que porte la police modifiée (*Policy Date*).

9 février 1981: La police modifiée est émise, après que l'assuré Kape eut fourni une nouvelle preuve d'assurabilité en passant un examen médical. Cette police reprend le numéro d'identification qui avait été attribué à la police originale, et stipule que la société Chablis Textiles Inc. en est bénéficiaire et propriétaire. Elle porte la date du 26 janvier 1981, mais également celle du 9 février 1981 (*Issue Date*).

20 octobre 1982: L'assuré Kape se suicide.

Both the original policy and the modified policy contained the following clauses:

CONTRACT

The contract shall not come into force unless (1) the first premium has been paid to the Company, (2) this policy has been delivered to the policyowner, his agent or assign, or the beneficiary, and (3) no change shall, subsequent to the completion of the said application, have taken place in the insurability of the Life Insured or any Premium Waiver Nominee. In no event shall the contract continue to be in force after the Expiry Date applicable to the Basic Benefit.

SELF-DESTRUCTION

If the Life Insured shall die by his own act, whether sane or insane, within two years from the Issue Date of this policy or from the date of any certificate of reinstatement of the contract, the liability of the Company with respect to the Basic Benefit shall be limited to an amount equal to the basic premiums paid under the contract without interest. It is provided however, that if this policy has been issued [as a] replacement of a previous policy under circumstances not requiring evidence of insurability by the Company in connection with the Basic Benefit, the two-year period referred to above shall be measured from the date applicable to the Self-Destruction clause in the previous policy. Notwithstanding the expiration of the two-year period applicable under this clause any Self-Destruction clause included in an additional benefit page shall be applicable in accordance with its terms.

POLICY-YEAR

The policy-years shall be computed from the Policy Date stated on the Data Page.

PREMIUMS

The agreements made by the Company are conditional on the payment of the premiums as they fall due.

The premiums payable for the benefits provided by the contract are specified on the Data Page but no premium is payable on a premium-due date after the Policy Date if the Life Insured be not then living. The first premium-

Tant la police originale que la police modifiée contiennent les clauses suivantes:

[TRADUCTION]

CONTRAT

Le contrat n'entrera pas en vigueur à moins que les conditions suivantes ne soient réunies: (1) la première prime a été payée à la compagnie, (2) la police a été remise au titulaire de la police, à son mandataire ou ayant droit, ou au bénéficiaire, et (3) aucun changement ne doit, après la signature dudit formulaire, s'être produit relativement à l'assurabilité de l'assuré ou du bénéficiaire d'une exonération de primes. Le contrat cesse de produire ses effets après la date d'expiration applicable à l'égard de la prestation de base.

SUICIDE

Si, dans les deux années suivant la date d'émission de la présente police ou la date du certificat de remise en vigueur, l'assuré se suicide, qu'il soit ou non sain d'esprit, la responsabilité de la compagnie relativement à la prestation de base se limite à un montant égal aux primes de base versées en vertu du contrat, sans aucun intérêt. Cependant, si la présente police a été émise en remplacement d'une police antérieure, dans une situation où la compagnie n'exige pas de preuve d'assurabilité relativement à la prestation de base, la période de deux ans commence à courir à compter de la date applicable à la clause de suicide de la police antérieure. Malgré l'expiration de la période de deux ans applicable en vertu de la présente clause, toute clause de suicide figurant dans une page d'assurance complémentaire s'applique conformément à ses modalités propres.

ANNÉE D'ASSURANCE

Les années d'assurance sont calculées à partir de la date de la police mentionnée sur la page de données.

PRIMES

Les ententes conclues par la compagnie sont subordonnées au paiement des primes à leur date d'échéance.

Les primes payables au titre des prestations prévues par le contrat sont précisées sur la page des données; cependant, aucune prime n'est payable à sa date d'échéance, après la date de la police, si l'assuré est alors décédé. La

due date shall be the Policy Date and subsequent premium-due dates shall be as specified on the Data Page.

4 Since the company that was the beneficiary under the policy had declared bankruptcy, it was the appellant trustee who sued for performance of the contract. The Superior Court allowed his suit, [1989] R.J.Q. 2197, but the Court of Appeal allowed the insurer's appeal, [1994] R.J.Q. 627, 61 Q.A.C. 207, [1994] I.L.R. ¶1-3058.

II — Statutory Provisions

5 The relevant statutory provisions are arts. 2516 and 2532 of the *Civil Code of Lower Canada*, which cannot be derogated from except to the extent that the derogation is more favourable to the policyholder or to the beneficiary (art. 2500, second paragraph):

2516. Life insurance becomes effective when the application is accepted by the insurer, to the extent that it is accepted without modification, that the initial premium is paid and that there has been no change in the insurability of the risk from the signing of the application.

2532. Suicide of the insured is not a cause of nullity. Any stipulation to the contrary is without effect if the suicide occurs after two years of uninterrupted insurance.

6 It should be noted that arts. 2425 and 2441 of the *Civil Code of Québec* essentially restate these provisions without significant amendment.

III — Judgments Below

Superior Court, [1989] R.J.Q. 2197

7 According to Benoit J., September 26, 1980 was the starting point for calculating the suicide exclusion period and the insurer was consequently required to pay compensation, since the exclusion stipulation was without effect after two years of uninterrupted insurance. Benoit J. began by acknowledging that the amount in the case at bar would not have been payable had the insured committed suicide between September 26, 1980, the

première date d'échéance des primes est la date de la police, et les dates d'échéance subséquentes sont précisées sur la page des données.

La société bénéficiaire de l'assurance ayant déclaré faillite, c'est le syndic appelant qui présente une demande en exécution de contrat. La Cour supérieure y accéda, [1989] R.J.Q. 2197, mais la Cour d'appel accueillit le pourvoi de l'assureur, [1994] R.J.Q. 627, 61 Q.A.C. 207, [1994] I.L.R. ¶1-3058.

II — Les dispositions législatives

Les dispositions législatives pertinentes sont les art. 2516 et 2532 du *Code civil du Bas-Canada*, auxquels il ne peut être dérogé, sauf dans la mesure où cela serait plus favorable au preneur ou au bénéficiaire (art. 2500, al. 2):

2516. L'assurance sur la vie prend effet dès l'acceptation de la proposition par l'assureur pour autant que cette dernière ait été acceptée sans modification, que la première prime ait été payée et qu'aucun changement ne soit intervenu dans l'assurabilité du risque depuis la signature de la proposition.

2532. Le suicide de l'assuré n'est pas cause de nullité. Toute stipulation contraire est sans effet si le suicide survient après deux ans d'assurance ininterrompue.

Il est à noter que le *Code civil du Québec*, en ses art. 2425 et 2441, reprend sans modification notable l'essentiel de ces dispositions.

III — Jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 2197

Selon le juge Benoit, le 26 septembre 1980 constitue le point de départ de la computation du délai d'exclusion de garantie en cas de suicide, et par conséquent, l'assureur se voit dans l'obligation de fournir compensation, puisque la stipulation d'exclusion est sans effet après l'écoulement d'une période de deux ans d'assurance ininterrompue. En l'espèce, le juge Benoit admet d'emblée que le montant n'aurait pas été payable si l'assuré s'était

date the application was signed, and November 11, 1980, the date the original policy was issued. There was in his view no risk at any time during that period, which meant that there could be no obligation to compensate.

Benoit J. noted, however, that while the suicide exclusion clause referred to the date November 11, 1980, art. 2532 *C.C.L.C.* requires the calculation of a period of two years of uninterrupted insurance. After drawing a parallel with *McClelland and Stewart Ltd. v. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 6, Benoit J. accordingly stated that it would be more logical to consider the policy years, the starting point of which was set at September 26, for the purposes of the exclusion clause. He also considered that, even if the insurance coverage did not begin until November 11 or 14, 1980, the effect of the parties' decision to backdate the policy was to cause the two-year period provided for in art. 2532 *C.C.L.C.* to run as of September 26, 1980. Benoit J. refused to accept the date of the amended policy, January 26, 1981, as it was in his view necessary to determine the starting point of the insurance, not that of its modification. As a result, since the suicide occurred on October 20, 1982, the insurer could not rely on the exclusion clause to refuse to pay the \$500,000 of the original coverage.

As for the additional coverage obtained in January 1981, Benoit J. stated that it did not require the calculation of a new two-year period. He noted that the document signed by the insured on January 12, 1981 was an application to change the policy and was evidence of the parties' intention to amend the existing contract rather than to replace it. He further noted that the policy issued on February 9, 1981 bore the same identification number as the one issued in November 1980 and that a copy of the original application of September 8, 1980 was attached thereto. Benoit J. also minimized the significance of the new medical examination that was required in light of his conclusion that the ear-

suicidé entre le 26 septembre 1980, date de signature de la proposition, et le 11 novembre 1980, date de l'émission de la police originale. Tout au long de cette période, selon lui, il y avait absence de risque et partant, il ne pouvait y avoir obligation de compenser.

Le juge Benoit constate cependant que, si la clause d'exclusion de garantie en cas de suicide fait mention de la date du 11 novembre 1980, l'art. 2532 *C.c.B.-C.*, lui, commande le calcul d'un délai de deux ans d'assurance ininterrompue. Après avoir établi un rapprochement avec l'affaire *McClelland and Stewart Ltd. c. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 R.C.S. 6, le juge Benoit affirme donc qu'il serait plus logique de tenir compte des années de la police, dont le point de départ a été fixé au 26 septembre, pour les fins de la clause d'exclusion de garantie. De plus, il estime que, même si la protection d'assurance n'a commencé que le 11 ou le 14 novembre 1980, la décision des parties d'antidater la police a pour conséquence de faire courir le délai de deux ans prévu à l'art. 2532 *C.c.B.-C.* à compter du 26 septembre 1980. Le juge Benoit refuse de retenir la date de la police modifiée, soit le 26 janvier 1981, puisqu'il importe à son avis de déterminer le point de départ de l'assurance et non le point de départ de sa modification. En conséquence, le suicide étant survenu le 20 octobre 1982, l'assureur ne pouvait invoquer la clause d'exclusion de garantie pour refuser de verser les 500 000 \$ de la couverture originale.

Quant à la couverture supplémentaire obtenue en janvier 1981, le juge Benoit affirme qu'elle n'imposait pas la computation d'un nouveau délai de deux ans. Il constate en effet que le document signé par l'assuré le 12 janvier 1981 était une demande de changement à la police et témoignait de l'intention des parties d'amender le contrat existant plutôt que de le remplacer. Il relève également que la police émise le 9 février 1981 portait le même numéro d'identification que celle émise en novembre 1980, et qu'une copie de la proposition originale du 8 septembre 1980 y était annexée. Le juge Benoit minimise également le nouvel examen médical qui fut requis, au vu de sa conclusion

lier policy had merely been replaced, as opposed to a new contract being entered into. He reinforced his conclusion by stating that it could be inferred from art. 2524 *C.C.L.C.*, which provides that the two-year period runs again where individual life insurance is reinstated, that the period does not begin to run again where an insurance contract which has not ceased to be effective is amended. Benoit J. accordingly ordered the insurer to pay the trustee the sum of \$1,000,000.

Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 627

10 Baudouin J.A., writing for the court, began by ruling out any analogy with decisions from common law jurisdictions, and in particular with *McClelland*, *supra*. He noted that Ontario insurance law, which governed in that case, does not place time limits on suicide exclusion clauses as does Quebec civil law. Thus, he considered that the period provided for in art. 2532 *C.C.L.C.* runs only from the time the risk is covered. Before that date, there could in his view be no contractual relationship on the basis of which the insurer would be under an obligation to pay compensation for a loss. In his view, the effective date of the contract was the one to be considered, rather than the date on which it was concluded.

11 Baudouin J.A. noted that an insurance contract becomes effective in accordance with the conditions laid down in art. 2516 *C.C.L.C.* and that the contract clause added thereto in the case at bar must therefore be disregarded. On the basis of the facts adduced in evidence, Baudouin J.A. concluded that the requirements of art. 2516 *C.C.L.C.* were *prima facie* not met until November 14, 1980. Although he recognized that the parties were free to have the insurance become effective on a date earlier than the one provided for in the Code, he concluded that that could not be the case here. In his view, the only reason for choosing to backdate the policy was to allow the insured to benefit from lower premiums, and an intention to give retroactive effect to the insurance coverage could not be inferred from this fact alone. Furthermore, he asserted that the opposite interpretation would, by advancing the effective date of the con-

qu'il n'y avait que remplacement de la police antérieure et non conclusion d'un nouveau contrat. Il renforce sa conclusion en affirmant que si l'art. 2524 *C.c.B.-C.* indique que le délai de deux ans court à nouveau en cas de rétablissement de l'assurance individuelle, il est possible d'en déduire que le délai ne recommence pas à courir lors d'une modification d'un contrat d'assurance qui n'a pas cessé d'être. Le juge Benoit condamne donc l'assureur à verser au syndic la somme de 1 000 000 \$.

Cour d'appel, [1994] R.J.Q. 627

Le juge Baudouin, au nom de la cour, écarte d'emblée toute analogie avec les décisions provenant de juridictions de common law, et notamment avec l'affaire *McClelland*, précitée. Il constate en effet que le droit ontarien des assurances, qui gouvernait cette dernière affaire, ne limite pas dans le temps comme le droit civil québécois la portée des clauses d'exclusion de garantie en cas de suicide. Ainsi, il estime que le délai prévu à l'art. 2532 *C.c.B.-C.* ne court qu'à compter du moment où le risque est couvert. Avant cette date, il ne saurait à son avis y avoir de relation contractuelle aux termes de laquelle l'assureur serait tenu de verser compensation en cas de sinistre. Il importe selon lui de s'attarder à la date de prise d'effet du contrat, et non à celle de sa conclusion.

Le juge Baudouin rappelle que la prise d'effet du contrat d'assurance obéit aux conditions fixées par l'art. 2516 *C.c.B.-C.*, et qu'il faut donc écarter en l'espèce la clause du contrat qui y ajoute. En considérant les faits mis en preuve, le juge Baudouin conclut que ce n'est que le 14 novembre 1980 qu'il fut satisfait, à première vue, aux exigences de l'art. 2516 *C.c.B.-C.* Reconnaissant qu'il était loisible aux parties de fixer la mise en vigueur de l'assurance à une date antérieure à celle prévue par le Code, il conclut cependant qu'en l'espèce tel ne pouvait être le cas. L'antidate ne fut en effet à son avis choisie que pour permettre à l'assuré de bénéficier de primes moindres, et il ne saurait être déduit de ce seul fait une intention de donner un effet rétroactif à la couverture d'assurance. De plus, il affirme que l'interprétation contraire conduirait, en faisant remonter la prise d'effet du contrat au 26 septembre 1980, alors que la première

tract to September 26, 1980, at which time the initial premium had not yet been paid nor the final application accepted, have imposed on the insurer an obligation to pay compensation had the insured taken his life on September 29, 1980. Baudouin J.A. was therefore of the view that November 14, 1980, the effective date of the insurance, was the starting point of the exclusion period.

Having thus held that the insurer could legitimately rely on the exclusion clause to refuse to pay the claims for compensation submitted to it, Baudouin J.A. refrained from ruling on the effect of the increase in coverage. He was of the view, however, that for the purposes of art. 2532 C.C.L.C., such an increase amounts to new insurance, to which a new exclusion period would apply.

IV — Analysis

Like the courts below, this Court must decide two main issues in order to dispose of the present appeal. First, it is necessary to determine whether the parties' decision to backdate when preparing the original policy has a bearing on the validity of the suicide exclusion clause. Second, this Court must decide in light of the facts of the case whether the increase in coverage obtained in early 1981 caused a new exclusion period to run in respect of the additional coverage.

1. *Backdating and the Exclusion Period*

Since the reform of Quebec insurance law in 1976, exclusion from coverage under life insurance contracts in the event of suicide comes within the scope of freedom of contract. Whereas suicide was formerly a legal basis for exclusion of risks and a cause for nullity of the contract, it can now be excluded by agreement only and does not affect the validity of the contract. Thus, suicide does not release the insurer from its obligation to pay compensation unless the parties have provided otherwise in the contract. Furthermore, art. 2532 C.C.L.C. limits the scope in time of such provisions by stating that they have no effect if the sui-

prime n'avait pas encore été versée et la proposition finale acceptée, à imposer à l'assureur une obligation de compenser si l'assuré s'était enlevé la vie le 29 septembre 1980. Le juge Baudouin estime donc que le 14 novembre 1980, date d'entrée en vigueur de l'assurance, constitue le point de départ du délai d'exclusion de garantie.

Ayant ainsi conclu que l'assureur pouvait légitimement invoquer la clause d'exclusion à l'encontre des demandes de compensation qui lui étaient présentées, le juge Baudouin s'abstient de statuer sur l'incidence de l'augmentation de couverture. Il estime cependant que pour les fins de l'art. 2532 C.c.B.-C., une telle augmentation équivaut à une nouvelle assurance à laquelle s'attache un nouveau délai d'exclusion de garantie.

IV — Analyse

À l'instar des tribunaux d'instance inférieure, notre Cour doit trancher deux principales questions afin de disposer du présent pourvoi. Il importe d'abord de déterminer si la décision des parties de recourir à l'antidate, lors de la préparation de la police initiale, influe sur la validité de la clause d'exclusion de garantie en cas de suicide. Dans un deuxième temps, à la lumière des faits de l'espèce, cette Cour doit décider si l'augmentation de couverture obtenue au début de 1981 a pour effet de faire courir un nouveau délai d'exclusion en ce qui a trait à la couverture supplémentaire.

1. *L'antidate et le délai d'exclusion de garantie*

Depuis la réforme du droit québécois des assurances en 1976, l'exclusion de garantie en cas de suicide dans les contrats d'assurance sur la vie est marquée au coin de la liberté contractuelle. Si, auparavant, le suicide était une exclusion légale de risque, cause de nullité du contrat, il ne peut maintenant qu'être conventionnellement exclu, sans affecter la validité du contrat. Le suicide ne libère donc pas l'assureur de son obligation de compenser, sauf si les parties ont inséré au contrat une disposition à l'effet contraire. De plus, l'art. 2532 C.c.B.-C. limite la portée temporelle de telles dispositions, en précisant qu'elles ne sauraient pro-

12

13

14

cide occurs after two years of uninterrupted insurance. In other words, the parties are free to agree on an exclusion period that is shorter, but not to exclude suicide for a longer period. The effect of arts. 2500 and 2532 *C.C.L.C.* is to reduce *pro tanto* the scope of any contractual provision that purported to do so.

duire effet si le suicide survient après deux ans d'assurance ininterrompue. C'est dire qu'il reste loisible aux parties de convenir d'un délai d'exclusion de garantie qui soit moindre, mais qu'elles ne peuvent prétendre exclure le suicide pour une plus longue période. Si tel était le cas, par le jeu des art. 2500 et 2532 *C.c.B.-C.*, la portée de la stipulation contractuelle pertinente devrait être réduite, *pro tanto*.

15 In a matter such as the one before this Court, it is necessary, since the exclusion clause was, according to its terms, to be effective for two years from November 11, 1980, to determine whether that period corresponds to the first two years of uninterrupted insurance. Thus, the central issue is to identify the time from which there was insurance for the purposes of art. 2532 *C.C.L.C.* This determination first requires a review of the principles governing the formation and coming into effect of a life insurance contract. One of the main difficulties in this appeal results from the potential confusion between the time when the insurance contract comes into effect and the time when the obligation to pay compensation for a loss actually takes effect, or in other words the time as of which that obligation may materialize.

Dans une affaire du type de celle qui nous est soumise, après avoir constaté que la clause d'exclusion de garantie devait avoir effet, selon ses termes, pendant les deux ans suivant la date du 11 novembre 1980, il devient nécessaire de déterminer si cette période correspond aux deux premières années d'assurance ininterrompue. Au cœur du litige se trouve donc l'identification du moment à partir duquel, pour les fins de l'art. 2532 *C.c.B.-C.*, il y avait assurance. Une telle détermination impose d'abord un retour aux principes gouvernant la formation et la prise d'effet du contrat d'assurance-vie. Une des principales difficultés posées par ce pourvoi, en effet, découle de la confusion qui peut exister entre la prise d'effet du contrat d'assurance et le moment où, en pratique, prend effet l'obligation de compenser en cas de sinistre, ou, en d'autres mots, le moment à partir duquel est susceptible de se matérialiser cette obligation.

16 Article 2476 *C.C.L.C.* restates the general civil law rule in providing that an insurance contract is formed upon the insurer's acceptance of the policyholder's application. Although the coming into effect of the contract should normally follow, in the case of life insurance art. 2516 *C.C.L.C.* makes it subject to three specific conditions. This Court considered the resulting conceptual distinction between the formation and coming into effect of the contract in *General Trust of Canada v. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie*, [1990] 2 S.C.R. 1185, in which it explained how art. 2516 *C.C.L.C.* is to be interpreted. It is now well settled that the three conditions must be fulfilled concurrently for the insurance to become effective. Thus, it is conceivable for the initial premium to be paid before or at the time the unaltered application is accepted. If that is the case, to the

L'article 2476 *C.c.B.-C.* dispose, reprenant en cela la règle générale prévalant en droit civil, que le contrat d'assurance est formé dès que l'assureur accepte la proposition du preneur. La prise d'effet du contrat devrait normalement s'ensuivre mais, en matière d'assurance-vie, l'art. 2516 *C.c.B.-C.* la subordonne à la réalisation de trois conditions particulières. Notre Cour a étudié la distinction conceptuelle ainsi créée entre la formation et la prise d'effet du contrat dans l'affaire *Trust Général du Canada c. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie*, [1990] 2 R.C.S. 1185, et y a précisé l'interprétation qui doit être donnée à l'art. 2516 *C.c.B.-C.* Il est maintenant établi que c'est l'existence concurrente des trois conditions qui déclenche la prise d'effet de l'assurance. Ainsi, il est concevable que la première prime ait été versée avant ou au moment de l'acceptation de la proposi-

extent that there has been no change in the insurability of the risk from the signing of the application, the contract will come into effect when the application is accepted. If, however, the initial premium is not paid until after the unaltered application has been accepted, it will be impossible to determine whether the insurability is still the same until this first payment has been made. Speaking for the Court in *General Trust*, *supra*, at pp. 1194-95, I explained the consequences of such a situation for the coming into effect of a contract:

If, as in the case at bar, the initial premium is not paid until after the application is accepted (which implies that the coincidence of the three conditions is not likely to occur until after the contract is formed), art. 2516 *C.C.L.C.* has the effect of a two-part suspensive condition which when met causes the previously formed contract to come into effect: this condition will be met by payment of the premium if no change has occurred in the insurability of the risk at the time the payment is made. As is generally the case in civil law, the fulfillment of the suspensive condition operates retroactively and means that the contract is deemed to have taken effect at the time it was formed. Here, the wording expressly provides for such retroactivity in stating that the insurance becomes effective when the application is accepted.

These considerations constitute the backdrop to any analysis under art. 2532 *C.C.L.C.* Thus, even where the initial premium is not paid until after the application is accepted, the coming into effect and formation of the contract, although conceptually distinct, will coexist in time. While it is therefore correct to assert that the legal suicide exclusion period begins in theory to run when the contract comes into effect, that moment will nevertheless, owing to retroactivity, be the same as the moment at which the contract was formed.

In order to apply these principles to the instant appeal, the stipulation in the contract that it will not come into force until the policy is delivered to the insured must be disregarded from the outset, as it adds to the requirements set out in art. 2516 *C.C.L.C.*, which is prohibited by the second para-

tion non modifiée. En un tel cas, dans la mesure où aucun changement n'est intervenu dans l'assurabilité du risque depuis la signature de la proposition, l'acceptation de la proposition entraînera également la prise d'effet du contrat. D'autre part, si le paiement de la première prime ne se produit qu'après l'acceptation de la proposition non modifiée, il faudra attendre ce premier paiement pour évaluer le maintien de l'assurabilité. J'ai exposé au nom de la Cour dans l'affaire *Trust Général*, précitée, aux pp. 1194 et 1195, les conséquences découlant d'une telle situation en ce qui a trait à la prise d'effet du contrat:

Si, comme en l'espèce, la première prime n'est payée qu'après l'acceptation de la proposition (ce qui implique que la réunion des trois conditions n'est susceptible de se produire qu'après la formation du contrat), l'art. 2516 *C.c.B.-C.* produit l'effet d'une condition suspensive à deux facettes dont la réalisation déclenche la prise d'effet du contrat préalablement formé: cette condition se réalise par le paiement de la prime si aucun changement n'est intervenu dans l'assurabilité du risque au moment du paiement. Comme c'est en général le cas en droit civil, la réalisation de la condition suspensive opère de façon rétroactive et fait en sorte que le contrat est réputé avoir pris effet au moment de sa formation. Ici, le texte prévoit expressément cette rétroactivité en précisant que l'assurance prend effet dès l'acceptation de la proposition.

Ces considérations constitueront toujours la toile de fond d'une analyse en vertu de l'art. 2532 *C.c.B.-C.* Ainsi, même lorsque la première prime n'aura été payée qu'après l'acceptation de la proposition, la prise d'effet et la formation du contrat, bien que conceptuellement distinctes, en viendront à coexister dans le temps. S'il est donc juste d'affirmer que c'est lors de la prise d'effet du contrat que le délai légal d'exclusion du suicide commencera en principe à courir, il demeure qu'il existera, en raison de la rétroactivité, une adéquation entre ce moment et celui de la formation du contrat.

Afin d'appliquer ces principes au présent pourvoi, la stipulation contractuelle subordonnant la prise d'effet à la livraison de la police à l'assuré doit d'emblée être mise de côté, car elle ajoute aux exigences posées par l'art. 2516 *C.c.B.-C.*, ce que ne permet pas le second alinéa de l'art. 2500.

17

18

graph of art. 2500. As I explained in *General Trust, supra*, at p. 1197, a clause such as this cannot have effect to the extent that it is less favourable to the policyholder. As to the remainder, however, it will survive, which in the case at bar leaves conditions similar to those provided for in the Code.

19 This being the case, the parties do not dispute that those conditions, which are set out in art. 2516 C.C.L.C., were not met until November 14, 1980. As can be seen from the evidence, it was on that date that the modified application was accepted by the insurer and the initial premium paid, and there had been no change in the insurability of the risk since September 8, 1980, the date the application was signed. Thus, *prima facie*, as Baudouin J.A. concluded, the insurance became effective on that day in November 1980. This conclusion is not sufficient, however, to dispose of this appeal.

20 Nothing precludes the parties to an insurance contract from stipulating that it will come into effect on a date earlier than that imposed by the Code. To the extent that such a derogation is favourable to the policyholder, it is of course not barred by art. 2516 C.C.L.C., a provision of relative public order. Thus, the insurer is always free to agree to provide coverage as of the date the application is signed even if the initial premium is not paid until later. Moreover, it is possible for the coming into effect to remain subject to payment of the initial premium but for the parties to agree to date the policy earlier than the date the application is accepted. In such a case, the principles developed in *General Trust, supra*, would in my opinion apply by analogy.

21 In the case at bar, when the initial application was signed, it was decided to backdate the policy for reasons related to the calculation of premiums on the basis of age. The amount of life insurance premiums depends to a great extent on the age of the insured when the policy is issued, and insurers therefore sometimes agree to backdate a policy so that the policyholder may benefit from lower premiums. In the instant case, the insured Howard

Comme je l'ai précisé dans l'affaire *Trust Général*, précitée, à la p. 1197, en un tel cas, la clause ne saurait avoir effet dans la mesure où elle est moins favorable au preneur. Pour le reste, cependant, elle subsistera, ce qui laisse en l'espèce des conditions semblables à celles qu'énonce le Code.

Ceci étant, les parties ne contestent pas que ce n'est que le 14 novembre 1980 que ces conditions, posées par l'art. 2516 C.c.B.-C., ont été satisfaites. La preuve indique en effet que c'est à cette date que la proposition modifiée fut acceptée par l'assureur et que la première prime fut payée, sans que l'assurabilité du risque n'ait été modifiée depuis le 8 septembre 1980, date de signature de la proposition. C'est donc dire qu'à première vue, comme l'a constaté le juge Baudouin en appel, l'assurance a pris effet en ce jour de novembre 1980. Mais cette conclusion ne suffit pas à disposer du présent pourvoi.

Rien n'empêche en effet les parties à un contrat d'assurance de prévoir une prise d'effet qui soit antérieure à celle qu'impose le Code. Dans la mesure où une telle dérogation favorise le preneur, l'art. 2516 C.c.B.-C., d'ordre public relatif, ne s'y oppose évidemment pas. Ainsi, il demeure toujours loisible à l'assureur d'accepter d'offrir une couverture dès la date de la signature de la proposition, bien que la première prime ne soit versée que plus tard. D'autre part, il se peut que la prise d'effet reste subordonnée au paiement de la première prime, mais que les parties apposent de concert sur la police une date antérieure à celle de l'acceptation de la proposition. En un tel cas, les principes développés dans l'affaire *Trust Général*, précitée, devraient à mon avis trouver, par analogie, application.

En l'espèce, lors de la signature de la proposition initiale, il fut décidé de recourir au mécanisme de l'antidate, pour des motifs liés à la tarification eu égard à l'âge. Le montant des primes en assurance sur la vie dépend en effet largement de l'âge au moment de la souscription, et les assureurs consentent donc parfois à antidater la police pour que le preneur puisse bénéficier de primes moindres. Dans le cas sous étude, l'assuré, Howard Kape,

Kape was born on September 27, 1947. The date September 26, 1980 was selected so that he could be deemed to be 32 years old for the purposes of fixing the premiums. This was to Mr. Kape's advantage, since the amount of the premiums was reduced accordingly, but backdating was not without benefit to the insurer, which began to be paid as of that date whereas the correlative obligation of paying compensation in the event of a loss did not materialize during the period prior to November 14, 1980.

The real dispute between the parties concerns the consequence of this decision to backdate the policy. The appellant maintains that the coming into effect of the insurance was accordingly moved to September 26, 1980 and that consequently the exclusion period provided for in art. 2532 *C.C.L.C.* had to run from that date. The respondent contests this reasoning, relying on the wording of the contract in question and arguing that the scheme of the Code's insurance provisions bars any retroactive coming into effect. In my opinion the appellant's interpretation must prevail. I am of the view that an insurance contract existed as of September 26, 1980. It is the existence of such a contract that is in issue in art. 2516 *C.C.L.C.*, and it is also this contract that must be considered in determining the starting point of the uninterrupted insurance contemplated by art. 2532 *C.C.L.C.*

Thus, contrary to what the respondent has suggested, this contract was not without an object. A period for which the insurer would receive payment in the form of a premium began to run on September 26, 1980. It was also as of September 26, 1980, subject to subsequent fulfilment of the other conditions for the coming into effect of the contract, that the risks were assessed and the benefits insured. It is clear that had Mr. Kape died between September 26 and November 14, 1980, the insurer would not have had to pay compensation, since the conditions for the contract to come into effect had not yet been fulfilled at that time. Once those conditions were met, however, it must be concluded that an insurance contract came into

était né le 27 septembre 1947. Afin de lui permettre d'être réputé, aux fins de l'établissement des primes, âgé de 32 ans, la date du 26 septembre 1980 fut retenue. Monsieur Kape se trouvait de la sorte avantagé puisque le montant des primes se voyait diminué en conséquence, mais l'assureur n'était pas sans y trouver son profit, en recevant une rémunération à compter de cette date alors que l'obligation correlative de compenser en cas de sinistre ne s'était pas matérialisée au cours de la période antérieure au 14 novembre 1980.

C'est au sujet de l'incidence d'un tel recours à l'antidate que les parties s'opposent réellement. L'appelant soutient que la prise d'effet de l'assurance s'en trouvait déplacée au 26 septembre 1980, et qu'en conséquence le délai d'exclusion de garantie prévu à l'art. 2532 *C.c.B.-C.* devait courir à compter de cette date. L'intimée s'oppose à un tel raisonnement, en invoquant le libellé du contrat en cause et en arguant que l'économie des dispositions du Code en matière d'assurance forme obstacle à la prise d'effet rétroactive. À mon avis, l'interprétation avancée par l'appelant doit prévaloir. Je considère en effet qu'il y avait en existence, à compter du 26 septembre 1980, un contrat d'assurance. C'est de l'existence d'un tel contrat dont il est question à l'art. 2516 *C.c.B.-C.*, et c'est également ce contrat qui doit être pris en ligne de compte pour déterminer le point de départ de l'assurance ininterrompue qu'envisage l'art. 2532 *C.c.B.-C.*

Ce contrat, donc, et contrairement à ce que laisse entendre l'intimée, n'était pas sans objet. À compter du 26 septembre 1980, en effet, commençait à s'écouler une période pour laquelle l'assureur recevrait rémunération, sous forme de prime. C'est également en date du 26 septembre 1980, sous réserve de la satisfaction ultérieure aux autres conditions de prise d'effet du contrat, que les risques furent évalués et les avantages assurés. Certes, si M. Kape était décédé entre le 26 septembre et le 14 novembre 1980, l'assureur n'aurait pas eu à verser compensation, puisqu'il n'avait pas encore été satisfait à l'époque aux conditions de prise d'effet du contrat. Par contre, une fois ces conditions remplies, il faut conclure que prenait effet

22

23

effect retroactively, to September 26, 1980. I need only repeat what I said in *General Trust, supra*, at p. 1195, concerning art. 2516 C.C.L.C.:

The appellants submit in opposing such a system that the insurer can collect premiums for a period during which he has assumed no risk, a possibility ruled out by this Court in certain cases from the common law provinces This proposition is incorrect because the coming into effect of the insurance is retroactive: when the suspensive condition is fulfilled, the contract is deemed to have come into effect at the time the application was accepted. This retroactivity explains why the insurer can receive premiums for the period between acceptance of the application and payment of the initial premium. While it is true that in practice the insurer will not have to pay the amount of the insurance if the risk occurs during this period, the fact remains that during this period he assumes the ageing of the insured and remains bound by his earlier undertaking, in particular by the amount of the premium determined in accordance with the circumstances existing at the time the contract was formed, an amount which could have been paid at that time.

Thus, under art. 2516 C.C.L.C., the period that runs in some cases from the acceptance of the application to the payment of the initial premium is an integral part of the insurance contract. Although it cannot give rise to an obligation to pay compensation for a loss, it plays a central role in defining the parties' obligations for the entire term of the insurance, respecting both premiums and the suicide exclusion period.

24

By analogy, should the parties choose to indicate a date on the policy that, while later than the date the application is signed, is prior to the date it is accepted, retroactivity will operate as described in *General Trust*. Thus, on the day the premium is paid, provided that there has been no change in insurability, the contract will come into effect retroactively as of the date selected by the parties. In this sense, insurance can be considered to exist as of the selected date. As a result of the special nature of life insurance combined with the condition that there be no change in insurability, however, the contract can never come into effect nor retroactivity operate in the event a loss has

rétroactivement, au 26 septembre 1980, un contrat d'assurance. Je ne peux que rappeler ici les propos que je tenais dans l'affaire *Trust Général*, précitée, à la p. 1195, au sujet de l'art. 2516 C.c.B.-C.:

Les appelantes opposent à l'idée d'un tel système que l'assureur se trouve à toucher des primes pour une période où il n'assume aucun risque, possibilité écartée par notre Cour dans certaines affaires provenant des provinces de common law: [. . .] Cette proposition est inexacte en raison de la rétroactivité de la prise d'effet de l'assurance; lorsque la condition suspensive se réalise, le contrat est réputé être entré en vigueur au moment de l'acceptation de la proposition. Cette rétroactivité explique que l'assureur puisse toucher des primes pour la période allant de l'acceptation de la proposition au paiement de la première prime. S'il est vrai qu'en pratique l'assureur n'aura pas à payer le montant d'assurance si le risque se réalise au cours de cette période, il reste qu'il assume au cours de cette période le vieillissement de l'assuré et demeure lié par son engagement préalable, en particulier par le montant de la prime établi en fonction des circonstances existant à l'époque de la formation du contrat, montant susceptible d'être acquitté dès ce moment.

Sous le régime de l'art. 2516 C.c.B.-C., la période qui s'étend en certains cas de l'acceptation de la proposition au paiement de la première prime fait donc partie intégrante du contrat d'assurance. Bien qu'elle ne puisse donner lieu à une obligation de compenser en cas de sinistre, elle joue un rôle central dans la définition des obligations des parties pour tout le terme de l'assurance, que ce soit quant aux primes ou quant au délai d'exclusion de garantie en cas de suicide.

Par analogie, si les parties choisissent d'indiquer sur la police une date qui, tout en étant postérieure à celle de la signature de la proposition, soit antérieure à celle de son acceptation, la rétroactivité opérera de la façon décrite dans l'affaire *Trust Général*. C'est dire qu'au jour du paiement de la prime, sous réserve du maintien de l'assurabilité, le contrat prendra rétroactivement effet à la date retenue par les parties. En ce sens, il est possible de considérer qu'à compter de l'antidate, il y a assurance. Mais la nature particulière de l'assurance sur la vie, couplée à la condition relative au maintien de l'assurabilité, font que le contrat ne pourra jamais prendre effet et la rétroactivité se

occurred since the signing of the application, which means that an obligation to pay compensation for that loss cannot arise. Since the insured risk is death, it is understood that if the policyholder dies before the application is accepted without modification and the initial premium is paid, there will clearly be a change in insurability as of the day those two conditions are met. As a result, it will be simply impossible for the contract to come into effect retroactively.

This application of contractual retroactivity, the theoretical basis for which lies in freedom of contract, does not offend against common sense (see Jacques Ghestin, *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat* (1992), at p. 166). As L'Heureux-Dubé J. noted in *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995, at p. 1003:

In matters of insurance, as in other areas of the civil law, the principle of freedom of contract applies, and in general therefore it is for the parties to an insurance contract to define the limits of the risk covered and the conditions under which the indemnity is payable.

Thus, as I explained in *General Trust, supra*, the scheme of the relevant provisions of the *Civil Code* does not necessarily mean that there cannot be insurance during a given period by retroactive operation of a suspensive condition without a correlative obligation on the insurer's part to pay compensation in the event of a loss. That is the case, for example, where an insurer is required to reinstate insurance under art. 2524 *C.C.L.C.* The holder of a life insurance contract cancelled for non-payment of the premiums can still have the contract restored, with its original conditions, if he or she pays the overdue premiums, repays the advances received on the policy and demonstrates that the insured still fulfils the conditions required to be insurable under the cancelled contract. Owing to the reactivation of the contract, insurance can be considered to exist during the period of interruption, inasmuch as the insurer assumes

produire en cas de sinistre survenu depuis la signature de la proposition, et, partant, une obligation de compenser pour ce sinistre ne pourra prendre naissance. Le risque assuré étant le décès, il est entendu que si le preneur trouve la mort avant que la proposition soit acceptée sans modification et que la première prime soit payée, au jour où ces deux conditions seront satisfaites, un changement dans l'assurabilité ne pourra qu'être constaté. Par conséquent, une prise d'effet rétroactive dans cette situation deviendra tout simplement impossible.

Cette application de la rétroactivité conventionnelle, dont la validité de principe repose sur la liberté contractuelle, ne choque pas le bon sens (voir Jacques Ghestin, *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat* (1992), à la p. 166). Comme le rappelait le juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, à la p. 1003:

En matière d'assurance tout comme dans les autres domaines du droit civil, le principe de la liberté contractuelle règne, et il revient donc, règle générale, aux parties à un contrat d'assurance de définir les limites du risque couvert ainsi que les conditions d'exigibilité de l'indemnité.

Ainsi, comme je l'ai expliqué dans l'affaire *Trust Général*, précitée, l'économie des dispositions du *Code civil* en la matière ne s'oppose pas nécessairement à ce qu'il y ait assurance au cours d'une période donnée, par opération rétroactive d'une condition suspensive, sans obligation correlative de compenser en cas de sinistre pour l'assureur. Tel est le cas, par exemple, lors du rétablissement forcé de l'assurance en vertu de l'art. 2524 *C.c.B.-C.* Il demeure en effet possible au titulaire d'un contrat d'assurance-vie résilié en raison du défaut de paiement des primes d'en obtenir le rétablissement aux conditions initiales s'il paie les primes en souffrance, rembourse les avances reçues sur la police et démontre que l'assuré remplit encore les conditions requises pour être assurable au titre du contrat résilié. En raison de la réanimation du contrat, il est possible de considérer qu'il y a assurance au cours de la période d'inter-

25

26

the ageing of the insured during that period and is bound once again by its earlier undertaking. Although this retroactive reinstatement of the contract might suggest that the legal suicide exclusion period continues to run during the period of interruption, arts. 2532 and 2524 *C.C.L.C.* are very careful to state that such is not the case.

27

Since I am of the view that the parties were not in theory barred from stipulating that the contract should come into effect on a date prior to the acceptance of the application, I shall now consider the terms of the policy which according to the respondent indicate a contrary intention. Before doing so, however, it is necessary to recall certain considerations that should guide the interpretation of insurance contracts. As L'Heureux-Dubé J. explained in *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at p. 667:

In construing the terms of an insurance contract, it is now well recognized that the principles of construction which apply are the same as those generally applicable to commercial contracts. Indeed, some of these principles have been codified in the *Civil Code* in arts. 1013 to 1021. Thus, should a contract need interpretation, the cardinal rule is that the intention of the parties must prevail, subject of course to the public order provisions of the *Civil Code*. In the search for this intention, particular consideration must be given to the terms used by the parties, the context in which they are used and finally the purpose sought by the parties in using these terms . . . [Emphasis in original.]

28

In the case at bar, an initial reading of the policy does of course give the impression that the parties intended the suicide exclusion period to run from November 11, 1980. The respondent's submissions might thus appear valid at first glance. However, art. 2532 *C.C.L.C.* requires that the intention of the parties as to the effective date of the contract be determined without regard to what may have been stipulated in the exclusion clause. In this sense, it is therefore understood that the exclusion clause can, as worded, have full force and effect only if November 11, 1980 coincides with, or is earlier

ruption, dans la mesure où l'assureur assume pendant cette période le vieillissement de l'assuré, et se voit lié à nouveau par son engagement préalable. Si un tel rétablissement rétroactif du contrat pouvait inciter à conclure que le délai légal d'exclusion de garantie en cas de suicide continue à courir pendant la période d'interruption, les art. 2532 et 2524 *C.c.B.-C.* prennent cependant bien soin de préciser que tel n'est pas le cas.

Puisque je suis d'avis qu'il n'y avait pas d'obstacle théorique à ce que les parties prévoient une prise d'effet de l'assurance qui soit antérieure à l'acceptation de la proposition, je m'attarderai maintenant aux termes de la police qui, selon l'intimée, dénotent une intention contraire. Avant de ce faire, cependant, il importe de rappeler certaines considérations devant guider l'interprétation des contrats d'assurance. Comme l'a expliqué le juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, à la p. 667:

Dans l'interprétation d'un contrat d'assurance, il est maintenant bien établi que les principes d'interprétation sont les mêmes que ceux qui s'appliquent généralement aux contrats commerciaux. En fait, certains de ces principes ont été codifiés dans le *Code civil* aux art. 1013 à 1021. C'est ainsi que, s'il s'avère nécessaire d'interpréter un contrat, la règle cardinale est que l'intention des parties doit l'emporter, sous réserve bien entendu des dispositions d'ordre public du *Code civil*. Dans la recherche de cette intention, on doit tout particulièrement examiner les termes utilisés par les parties, le contexte dans lequel ils sont utilisés et, enfin, le but poursuivi par les parties en utilisant ces termes . . . [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, d'une première lecture de la police se dégage bien entendu l'impression que les parties ont voulu faire courir le délai d'exclusion de garantie en cas de suicide à compter du 11 novembre 1980. À première vue, donc, les prétentions de l'intimée pourraient paraître bien fondées. Cependant, l'art. 2532 *C.c.B.-C.* impose la recherche de l'intention des parties quant à la prise d'effet du contrat, sans égard à ce qui peut être prévu à la clause d'exclusion de garantie. En ce sens, il est donc entendu que la clause d'exclusion de garantie ne pourra avoir plein effet, telle que libellée, que si

than, the starting date of the insurance period. A review of the contract as a whole reveals, however, that such is not the case.

It is, indeed, well settled that the various clauses of a contract cannot be considered in isolation but must be given an interpretation that takes the entire document into account. In this regard, art. 1018 C.C.L.C. provides as follows:

1018. All the clauses of a contract are interpreted the one by the other, giving to each the meaning derived from the entire act.

In the case at bar, a number of factors indicate that the parties did in fact intend the insurance to commence on September 26, 1980. The decision, which was freely made, to select that date as the policy date militates very strongly in favour of this conclusion. Thus, September 26 became the relevant date for calculating the premiums and it was to mark the commencement of the subsequent policy years. The premiums thus became payable on September 26 of each year, until the policy expires, on September 26, 2018. The parties subsequently agreed to calculate the premiums on a monthly basis, with the result that they became payable on the 26th of each month. Accordingly, a premium was in fact paid for the period from September 26 to November 14, 1980. Furthermore, the terminology used by the parties in the clause on the coming into force of the policy, while not conclusive, clearly does not rule out the possibility that the contract might come into effect retroactively. It is in fact stipulated that the contract shall not come into force unless certain requirements are met, not until they are met. On the whole, it can be concluded on the basis of these factors that the date around which the policy is structured is September 26 rather than November 11.

This conclusion is in line with *McClelland*, *supra*. Of course, that case concerned a dispute originating in Ontario and thus cannot determine the outcome of this appeal. It is clear, as this Court noted in *Caisse populaire des Deux Rives*, *supra*, at pp. 1003-4, that insurance law must develop in harmony with the rest of Quebec civil law, of

la date du 11 novembre 1980 concorde, ou est antérieure, à celle du début de la période d'assurance. Or, l'examen de l'ensemble du contrat démontre que tel n'est pas le cas.

Il est bien établi, en effet, que les diverses clauses d'un contrat ne sauraient être considérées isolément, mais doivent plutôt recevoir une interprétation qui tienne compte de l'ensemble du document. À ce sujet, l'art. 1018 C.c.B.-C. dispose:

1018. Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

En l'espèce, nombre de facteurs indiquent que les parties ont bel et bien voulu que l'assurance débute le 26 septembre 1980. La décision, librement prise, de retenir cette date en tant que date de la police milite, au premier chef, en ce sens. Ainsi, le 26 septembre devenait la date pertinente pour le calcul des primes, et elle allait marquer pour l'avenir le début des années de la police. Les primes devenaient donc exigibles le 26 septembre de chaque année, jusqu'à ce que la police expire, le 26 septembre 2018. Par la suite, les parties convinrent de calculer les primes sur une base mensuelle, ce qui eut pour effet d'en fixer l'exigibilité au 26 de chaque mois. En conséquence, une prime fut effectivement payée pour la période allant du 26 septembre au 14 novembre 1980. De plus, la terminologie employée par les parties à la clause d'entrée en vigueur de la police, si elle n'est pas déterminante, n'exclut certainement pas la prise d'effet rétroactive du contrat. Il est en effet prévu que le contrat n'entrera pas en vigueur à moins que (*unless*) certaines exigences soient satisfaites, et non jusqu'à ce que (*until*) de telles exigences soient satisfaites. Dans l'ensemble, ces éléments permettent d'affirmer que la police est agencée en fonction de la date du 26 septembre plutôt que celle du 11 novembre.

Cette conclusion appelle une analogie avec l'affaire *McClelland*, précitée. Certes, cet arrêt tranchait un litige provenant de l'Ontario, et en cela, il ne saurait avoir une influence déterminante sur l'issue du présent pourvoi. Il ne fait en effet pas de doute, comme notre Cour l'a rappelé dans l'affaire *Caisse populaire des Deux Rives*, précitée, aux

which it forms a part, although North American insurance practices, such as backdating, cannot be ignored. In that sense, the decision in *McClelland*, which was based solely on an overall interpretation of a policy similar to the one at issue in the instant case, is of definite comparative interest. That case concerned an individual holder of a life insurance policy issued on February 28, 1968 who committed suicide on January 31, 1970. The policy contained a clause providing for exclusion from coverage should the insured commit suicide "within 2 years of the effective date of this policy". This notion of "effective date" was not defined, but the application signed by the insured included a declaration that the policy would become effective when delivered to him. The insurer naturally relied on that declaration as a basis for refusing to grant compensation. However, the application for insurance, which was filled out on January 30, 1968, was dated January 23, 1968, the parties having agreed on the latter date for reasons related to calculation of the premium. The policy further stipulated that the coverage extended to January 23, 1988 and that the policy years would date from January 23 of each year. This Court therefore had to determine whether January 23 or February 28, 1968, was to be used for calculating the suicide exclusion period. Dickson J., writing for the majority, selected the first of these two dates on the basis of all the relevant documents, at pp. 19-20:

It seems to me incongruous, to say the least, that the policy would be partly in effect on one date and partly in effect on another date, that for some purposes the effective date of the policy would be one date and for other purposes another. Notwithstanding the wording of the Declaration I do not think that the language of the policy leads inexorably to the construction for which the assurance company contends.

It is apparent upon reading the policy that it is entirely structured around the date January 23. The principal sum is payable on the death of the assured prior to January 23, 1988. The duration of coverage is to a Janu-

pp. 1003 et 1004, que le développement du droit des assurances doit s'effectuer en harmonie avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère, bien que les pratiques nord-américaines en la matière, comme l'antidate par exemple, ne puissent être ignorées. En ce sens, la décision rendue dans l'affaire *McClelland*, qui ne repose en fait que sur une interprétation globale d'une police semblable à celle qui forme la base du présent litige, présente un intérêt comparatif certain. À l'origine de cette affaire se trouve un individu, titulaire d'une police d'assurance-vie émise le 28 février 1968, qui se suicide le 31 janvier 1970. La police contenait une clause d'exclusion de garantie en cas de suicide de l'assuré «dans les deux ans de la date d'entrée en vigueur de cette police». Cette notion de «la date d'entrée en vigueur» (*effective date*) n'était pas définie, mais dans la proposition signée par l'assuré se trouvait une déclaration à l'effet que la police entrerait en vigueur lors de sa remise à l'assuré. Bien entendu, l'assureur invoquait cette déclaration pour justifier son refus d'accorder l'indemnisation. Cependant, la proposition d'assurance, remplie le 30 janvier 1968, portait la date du 23 janvier 1968, que les parties, pour des motifs liés au calcul de la prime, avaient de concert choisie. De plus, la police prévoyait que la couverture s'étendait jusqu'au 23 janvier 1988, et que les années de la police commençaient le 23 janvier de chaque année. Notre Cour devait donc déterminer si la date du 23 janvier, ou plutôt celle du 28 février 1968, devait être utilisée pour la computation du délai d'exclusion du suicide. Le juge Dickson, au nom de la majorité, retint la première de ces deux dates, en interprétant l'ensemble des documents pertinents, aux pp. 19 et 20:

Il me semble pour le moins absurde que la police soit partiellement en vigueur à une date et partiellement en vigueur à une autre date, que pour certaines fins, la police entre en vigueur à une date, et qu'à d'autres fins, elle entre en vigueur à une autre date. Nonobstant le libellé de la déclaration, je ne crois pas que les termes de la police mènent inexorablement à l'interprétation que fait valoir la compagnie d'assurances.

En lisant la police, on constate qu'elle est entièrement agencée en fonction de la date du 23 janvier. Le capital assuré est payable si l'assuré décède avant le 23 janvier 1988. La protection de l'assurance expire un 23 janvier.

ary 23 date. Policy years date from January 23, 1968. Premium calculations date from January 23. The conversion privilege is related to January 23. I have difficulty concluding it was the intention of the parties that the effective date of the policy for the purposes of the self-destruction clause would be February 28 but for all other purposes the effective date of the policy was January 23.

These comments are equally relevant here, as the issue in both cases is to identify the intention of the parties as to the effective date of the contract. Whether it is by agreement of the parties or owing to a requirement of the *Civil Code* that the starting point of the exclusion period depends on this effective date is irrelevant. In the circumstances of the present case, and in light of the rule of interpretation set out in art. 1018 *C.C.L.C.*, I must conclude that the parties, by deciding to backdate the policy, agreed that there would be insurance coverage as of September 26, 1980. That date must therefore be the starting point of the period of two years of uninterrupted insurance referred to in art. 2532 *C.C.L.C.* As Professor Jean-Guy Bergeron observed in *Les contrats d'assurance* (1989), vol. 1, at p. 213:

[TRANSLATION] Insurers sometimes take the liberty of having a contract come into effect on a date before its acceptance. For example, they might select the date of the application. For the calculation of certain periods, such as that of exclusion for suicide or the incontestability of the policy, insurers will attempt to defer them to a later date, arguing that the sole purpose of having the contract come into effect at an earlier date was to have the policyholder benefit from a lower premium related to a younger age. In my opinion, a contract has only one effective date. That of the policy, if more favourable, must apply. Insurers must be aware that their generosity brings with it all the consequences attaching to the effective date. Furthermore, that generosity favours not just the policyholder, but also the insurer, which will receive a premium as of that time, and each anniversary of the policy will subsequently be advanced.

In my view, even if the parties agreed to backdate the policy to their mutual advantage in respect of the premiums, the selected date is nevertheless the effective date of the insurance contract. There is no justification for depriving the insured of any other

L'année de la police commence le 23 janvier 1968. Le calcul des primes commence le 23 janvier. Le privilège de transformation est rattaché au 23 janvier. Je puis difficilement conclure que les parties ont voulu qu'aux fins de la clause de suicide, la police entre en vigueur le 28 février et qu'à toutes les autres fins, la police entre en vigueur le 23 janvier.

Ces remarques sont tout aussi pertinentes ici puisqu'il s'agit dans l'un et l'autre des cas d'identifier l'intention des parties quant à la prise d'effet du contrat. Que cette date de prise d'effet soit déterminante du point de départ du délai d'exclusion de garantie en raison de la convention des parties ou d'une exigence du *Code civil* n'y change rien. Face aux circonstances de l'espèce, et en tenant compte de la règle d'interprétation que pose l'art. 1018 *C.c.B.-C.*, je ne peux que conclure que les parties, par le recours à l'antidate, ont consenti à ce qu'il y ait assurance à compter du 26 septembre 1980. En conséquence, cette date doit constituer le point de départ de la période de deux années d'assurance ininterrompue que mentionne l'art. 2532 *C.c.B.-C.* Comme l'observe le professeur Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1989), t. 1, à la p. 213:

L'assureur prend parfois la liberté de mettre en vigueur le contrat à une date antérieure à son acceptation. Cette date retenue pourrait être par exemple la date de la proposition. Pour le calcul de certains délais, tels que celui pour l'exclusion du suicide ou l'incontestabilité de la police, l'assureur tentera de reporter à une date postérieure, alléguant que la mise en vigueur antérieure n'était que pour faire bénéficier le preneur d'une prime moindre rattachée à un âge moindre. À notre point de vue, il n'y a qu'une seule date de mise en vigueur d'un contrat. Celle de la police, si plus favorable, s'impose. L'assureur doit être conscient que sa générosité emporte toutes les conséquences rattachées à la date de mise en vigueur. D'ailleurs cette générosité ne favorise pas que le preneur, mais aussi l'assureur qui touchera une prime dès ce moment et l'anniversaire de la police sera toujours devancé par la suite.

À mon avis, même si les parties ont convenu de l'antidate à leur bénéfice réciproque pour ce qui est des primes, il n'en reste pas moins qu'il s'agit là de la date de mise en vigueur du contrat d'assurance. On ne peut justifier de priver l'assuré des

advantages attached thereto by law, such as those related to the definition of the risk covered in the event of suicide, especially since the insurer benefited from receiving the full premium knowing that the risk had not occurred between September 26, 1980, the policy date, and the payment of the initial premium on November 14, 1980. I therefore conclude that the exclusion clause in the case at bar could have effect only until September 26, 1982. Since the insured committed suicide on October 20, 1982, the respondent could not refuse to pay compensation, at least not in respect of the first \$500,000 of the policy proceeds.

2. *The Increase in Coverage and the Exclusion from Coverage in the Event of Suicide*

32

In order to dispose of this second argument, it must be recalled that, in response to an application filled out by Howard Kape on January 12, 1981 to change the original policy, the respondent agreed on February 9, 1981 to increase the coverage from \$500,000 to \$1,000,000, effect a substitution of beneficiaries and change the policy date to January 26, 1981. After requiring that the insured undergo a new medical examination, the respondent therefore issued a policy bearing the same number and including the same clauses as the original policy, while incorporating the requested changes. The parties of course give different interpretations of how such an increase in coverage affects the suicide exclusion period.

33

Underlying art. 2532 *C.C.L.C.* is a desire to protect the insurer, a concern to avoid the possibility of a policyholder taking out insurance only to carry out a plan to commit suicide shortly thereafter. The legislature intended this protection to be quite limited, however, as it also took care to restrict its scope to two years of uninterrupted insurance, after which period suicide can in no case be a cause of nullity. Consequently, and in light of the interpretation given to art. 2532 *C.C.L.C.*, it is clear that the suicide exclusion period cannot run more than once within a single

autres avantages que la loi peut y attacher, notamment quant à la définition du risque couvert en cas de suicide, surtout si l'on considère que l'assureur a bénéficié de la prime entière tout en sachant que le risque ne s'était pas réalisé entre le 26 septembre 1980, date de la police, et le paiement de la première prime le 14 novembre 1980. Je conclus donc que la clause d'exclusion de garantie ne pouvait en l'espèce produire effet que jusqu'au 26 septembre 1982. L'assuré s'étant suicidé le 20 octobre 1982, l'intimée ne pouvait refuser de verser compensation, du moins en ce qui a trait à la première tranche de 500 000 \$ de la somme assurée.

2. *L'augmentation de couverture et l'exclusion de garantie en cas de suicide*

Afin de disposer de ce second moyen, il importe de rappeler que, pour faire suite à une demande de modification de la police originale complétée par Howard Kape le 12 janvier 1981, l'intimée accepta, le 9 février 1981, d'augmenter la couverture de 500 000 \$ à 1 000 000 \$, d'effectuer une substitution des bénéficiaires, et de changer la date de la police au 26 janvier 1981. L'intimée émit donc, après avoir exigé un nouvel examen médical de l'assuré, une police portant le même numéro et comprenant les mêmes clauses que la police originale, tout en y incorporant les changements demandés. Les parties offrent bien entendu des interprétations divergentes de l'effet d'une telle augmentation de couverture sur la période d'exclusion de garantie en cas de suicide.

Sous-jacent à l'art. 2532 *C.c.B.-C.* se trouve un désir de protection de l'assureur, un souci d'éviter qu'un preneur éventuel ne souscrive à une assurance que pour mettre à exécution peu après des projets de suicide. Mais le législateur a voulu cette protection toute relative, puisqu'il a également pris soin d'en limiter la portée à deux années d'assurance ininterrompue, période au-delà de laquelle le suicide ne peut en aucun cas être cause de nullité. En conséquence, et à la lumière de l'interprétation donnée par ailleurs à l'art. 2532 *C.c.B.-C.*, il ne fait pas de doute que le délai d'exclusion de garantie en cas de suicide ne peut courir plus d'une fois à l'intérieur d'un même contrat d'assurance (voir

insurance contract (see Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1992), vol. 2, at p. 62).

This being the case, the existence of a new contract will not necessarily entail the calculation of a new exclusion period in every case. Where, for example, an insurer agrees on the signing of the application to issue a temporary policy that will be replaced before it expires by a definitive policy under which the same insurer covers the same risk, it is possible that the exclusion period will begin to run as soon as the temporary policy comes into effect (see, for example, *Bondu v. N.N. Compagnie d'assurance-vie du Canada*, [1994] R.R.A. 745 (Sup. Ct.); *Lévesque v. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [1993] R.J.Q. 2220 (Sup. Ct.)). Similarly, where short-term policies are renewed without change, the insurance periods of the replaced contracts must of course be taken into account. It will therefore be necessary to determine in each case, in light of the particular circumstances, whether the new contract merely reproduces the essence of the one it replaces or whether, in replacing it, it has added thereto in such a way as to lead to the conclusion that there is no continuity between the two documents and the obligations thereunder.

Such an exercise is not necessary in the case at bar, however, as there are a number of factors that make it possible to assert that there was from the outset only one insurance contract between the parties. The increase in coverage to which the respondent agreed in February 1981 results only from a variation of the contract in effect since September 26, 1980. Thus, when the insured and the beneficiary wished to obtain that increase, they filed out a document entitled "Application for Policy Change". Of the two sections of that document, only the one on amending the existing contract was filled out, while the other, which could have led to the conclusion of a new contract, was left blank. Similarly, on the first of the four pages of the document in question, the parties were asked to specify whether the purpose of the application was to replace an existing contract and this question was answered in the negative. The respondent then

Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1992), t. 2, à la p. 62).

Ceci étant, la présence d'un nouveau contrat n'emportera pas nécessairement, en tous les cas, la computation d'un nouveau délai d'exclusion de garantie. Lorsque par exemple l'assureur consent, dès la signature de la proposition, à l'émission d'une police provisoire qui se voit remplacée, avant son expiration, par une police définitive au moyen de laquelle le même assureur couvre le même risque, il est possible que le délai d'exclusion commence à courir dès la prise d'effet de la police provisoire (voir par exemple *Bondu c. N.N. Compagnie d'assurance-vie du Canada*, [1994] R.R.A. 745 (C.S.); *Lévesque c. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [1993] R.J.Q. 2220 (C.S.)). De même, lorsque des polices de courte durée se voient renouvelées sans modification, les périodes d'assurance liées aux contrats remplacés doivent bien entendu être prises en ligne de compte. Il faudra donc déterminer en chaque cas, au vu des circonstances de l'espèce, si le nouveau contrat ne fait que reproduire l'essentiel de celui auquel il se substitue, ou si, en le remplaçant, il y ajoute de telle façon que l'on puisse conclure à l'absence de continuité entre les deux documents et les obligations qu'ils imposent.

Un tel exercice ne saurait être nécessaire en l'espèce, cependant, puisque nombre de facteurs permettent d'affirmer qu'il n'y eut entre les parties, depuis les débuts, qu'un seul contrat d'assurance. L'augmentation de couverture, à laquelle l'intimée a consenti en février 1981, ne résulte en effet que d'une modification au contrat en vigueur depuis le 26 septembre 1980. Ainsi, lorsque l'assuré et le bénéficiaire voulurent obtenir cette augmentation, ils remplirent un document intitulé [TRADUCTION] «Demande de modification de la police» (*Application for Policy Change*). Des deux sections de ce document, seule celle envisageant la modification du contrat existant fut remplie, l'autre, qui aurait pu conduire à la conclusion d'un nouveau contrat, étant laissée en blanc. De même, à la première des quatre pages du document en cause, il était demandé aux parties de préciser si la demande visait à obtenir le remplacement d'un contrat alors

issued, under the same identification number as had been used in November 1980, a policy incorporating the requested changes. With the exception of the latter, however, the various contract clauses remained unchanged. Furthermore, the application for change filled out in January 1981 and the original application of September 8, 1980 were attached to the modified policy.

36 In these circumstances, it must be concluded that the new documents signed in early 1981 merely amended the insurance contract, which had, within the meaning of arts. 2516 and 2532 C.C.L.C., become effective on September 26, 1980. Consequently, the new suicide exclusion clause, which was, according to the terms of the contract, to be valid as of February 9, 1981, could not have effect and the respondent could not rely on it as a basis for refusing to pay the second \$500,000 portion of the policy proceeds. Since there was uninterrupted insurance from September 26, 1980 under a single contract, the respondent was not free to renew the exclusion from coverage in the event of suicide.

V — Disposition

37 For these reasons, I would allow the appeal, restore the judgment of the Superior Court and, therefore, order the respondent to pay the appellant the sum of \$1,000,000 with interest from March 17, 1983 and the additional indemnity provided for in art. 1078.1 C.C.L.C. from December 16, 1985, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Goldstein, Flanz & Fishman, Montreal.

Solicitors for the respondent: McDougall, Caron, Montreal.

en vigueur et à cette question, il fut répondu par la négative. Par la suite, l'intimée émit, sous le même numéro d'identification qui avait été utilisé en novembre 1980, une police incorporant les modifications demandées. À l'exception de celles-ci, cependant, les diverses clauses contractuelles restaient inchangées. Par ailleurs, étaient jointes à la police modifiée la demande de modification complétée en janvier 1981, ainsi que la proposition originale du 8 septembre 1980.

En ces circonstances, force est de constater que les nouveaux documents signés en ce début d'année 1981 ne faisaient que modifier le contrat d'assurance qui, au sens des art. 2516 et 2532 C.c.B.-C., avait pris effet le 26 septembre 1980. En conséquence, la nouvelle clause d'exclusion de garantie en cas de suicide, dont la période de validité devait débiter, selon les termes du contrat, le 9 février 1981, ne pouvait produire effet, et l'intimée ne pouvait l'invoquer pour refuser de verser la seconde tranche de 500 000 \$ de la somme assurée. Puisqu'il y avait assurance ininterrompue depuis le 26 septembre 1980, en vertu d'un seul et même contrat, il n'était pas loisible à l'intimée d'exclure à nouveau la garantie en cas de suicide.

V — Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir le jugement de la Cour supérieure et, en conséquence, de condamner l'intimée à payer à l'appelant la somme de 1 000 000 \$ avec intérêts à compter du 17 mars 1983 et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 C.c.B.-C. à compter du 16 décembre 1985, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Goldstein, Flanz & Fishman, Montréal.

Procureurs de l'intimée: McDougall, Caron, Montréal.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1996 Vol. 1

2^e cahier, 1996 Vol. 1

Cited as [1996] 1 S.C.R. 183-368

Renvoi [1996] 1 R.C.S. 183-368

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Helo Enterprises Ltd. v. Standard Trust Co. (Liquidators of)..... 183

Mortgages — Interest — Broker's fees — Broker retained by mortgagors and paid for services — Broker's fee not interest and not included in determination of rate of interest — Interest rate (calculated without fees) not criminal.

Interest — Meaning of term — Broker retained by mortgagors and paid for services — Broker's fee not interest.

R. v. Gagnon..... 185

Criminal law — Fresh evidence — New trial ordered.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance-vie..... 325

Faillite — Disposition de fonds — REER transférés de bonne foi dans un FERR (rente d'assurance) au profit d'un tiers — Inopposabilité au syndic des dispositions faites au cours des cinq ans qui précèdent la faillite si les intérêts du disposant dans les biens n'ont pas cessé lorsque fut faite la disposition — FERR normalement à l'abri des réclamations des créanciers de la faillite — Cession de biens dans les cinq ans du transfert — Le transfert dans le FERR est-il une disposition? — Dans l'affirmative, la disposition est-elle inopposable au syndic? — Si oui, les fonds du FERR peuvent-ils servir à régler les réclamations des créanciers en dépit de l'exemption dont bénéficie le FERR? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985),

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.) 186

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Provincial residential tenancies legislation amended to create new dispute resolution mechanism — Whether provisions violate s. 96 of Constitution Act, 1867 — Whether jurisdiction conferred on residential tenancies director and residential tenancies board is "novel" — Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, c. 31.

Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co. 325

Bankruptcy — Settlement of funds — RRSP transferred in good faith to RRIF (insurance annuity) for benefit of third party — Settlements made up to five years prior to bankruptcy void against trustee in bankruptcy if interest of settlor in property did not pass on settlement — RRIFs normally exempt from claims of bankrupt's creditors — Bankruptcy declared within five years of transfer — Whether transfer to RRIF a settlement — If so, whether or not settlement void against trustee in bankruptcy — If so, whether or not funds in RRIF available to satisfy claims of creditors notwithstanding exempt status of RRIF — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67, 91 — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, ss. 2(kk), 158.

Schwartz v. Canada..... 254

Taxation — Income tax — Computation of income — Damages for cancellation of employment — Employment contract cancelled by employer before employee obliged to provide services — Whether damages received by employee taxable as income from unenumerated source or as retiring allowance — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 3(a), 56(1)(a)(ii).

Courts — Appellate court — Court of Appeal overturning trial judge's findings of fact with respect to apportionment of damages received by taxpayer for cancellation of employment contract — Whether Court of Appeal justified in interfering with trial judge's findings of fact — Principles to be followed by first and second appellate courts.

Tennant v. M.N.R. 305

Income tax — Income from business or property — Deductions — Interest — Taxpayer claiming interest paid on loan used to purchase shares — Shares disposed of in rollover transaction — Deduction allowed only for amount of interest on cost of replacement shares — Whether full amount of interest deductible — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c)(i).

SOMMAIRE (Suite)

ch. B-3, art. 67, 91 — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-26, art. 2kk), 158.

Helo Enterprises Ltd. c. Standard Trust Co. (Liquidatrice de)..... 183

Hypothèques — Intérêts — Frais de courtier — Services de courtier retenus par les débiteurs hypothécaires et rémunérés — Frais de courtier ne constituant pas des intérêts et non inclus dans le calcul du taux d'intérêt — Taux d'intérêt (calculé sans frais) non criminel.

Intérêts — Sens du terme — Services de courtier retenus par les débiteurs hypothécaires et rémunérés — Frais de courtier ne constituant pas des intérêts.

R. c. Gagnon..... 185

Droit criminel — Nouvelle preuve — Nouveau procès ordonné.

Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.) 186

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Modification de la loi provinciale sur la location résidentielle pour créer un nouveau mécanisme de règlement des différends — Ces dispositions portent-elles atteinte à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867? — La compétence conférée au directeur de la location résidentielle et à la commission de location résidentielle est-elle «nouvelle»? — Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, ch. 31.

Schwartz c. Canada..... 254

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dommages-intérêts pour annulation d'emploi — Contrat de travail annulé par l'employeur avant que l'employé n'ait été tenu de fournir des services — Les dommages-intérêts touchés par l'employé sont-ils imposables à titre de revenu provenant d'une source non énumérée ou à titre d'allocation de retraite? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 3a), 56(1)a)(ii).

Tribunaux — Cour d'appel — Cour d'appel écartant les conclusions de fait du juge de première instance concernant la répartition des dommages-intérêts touchés par un contribuable pour l'annulation d'un contrat de travail — La Cour d'appel était-elle fondée à modifier les conclusions de fait du juge de première instance? — Principes devant être suivis par les première et seconde cours d'appel.

Tennant c. M.R.N. 305

Impôt sur le revenu — Revenu d'une entreprise ou d'un bien — Déductions — Intérêt — Déduction par le contribuable de l'intérêt versé sur un emprunt contracté pour acheter des actions — Disposition des actions dans une opération de trans-

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

ert libre d'impôt — Déduction accordée seulement pour le montant des intérêts payés sur le coût des actions de remplacement — Le plein montant des intérêts est-il déductible? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)c(i).

Helo Enterprises Ltd. *Appellant*

v.

Ernst & Young Inc., Liquidators for the Standard Trust Company in Liquidation *Respondent*

INDEXED AS: HELO ENTERPRISES LTD. v. STANDARD TRUST CO. (LIQUIDATORS OF)

File No.: 23924.

1996: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Mortgages — Interest — Broker's fees — Broker retained by mortgagors and paid for services — Broker's fee not interest and not included in determination of rate of interest — Interest rate (calculated without fees) not criminal.

Interest — Meaning of term — Broker retained by mortgagors and paid for services — Broker's fee not interest.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 87 B.C.L.R. (2d) 118, 39 B.C.A.C. 61, 64 W.A.C. 61, 108 D.L.R. (4th) 415, allowing an appeal from an order of Hardinge J. declaring mortgage and participation agreements void and unenforceable. Appeal dismissed.

David W. Scott and J. A. Donald Bohun, for the appellant.

William Kaplan and Scott A. Turner, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed for the reasons given by Southin J.A. in the British Columbia Court of

Helo Enterprises Ltd. *Appelante*

c.

Ernst & Young Inc., liquidatrice de Standard Trust Company en liquidation *Intimée*

RÉPERTORIÉ: HELO ENTERPRISES LTD. c. STANDARD TRUST CO. (LIQUIDATRICE DE)

N° du greffe: 23924.

1996: 21 février.

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

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

Hypothèques — Intérêts — Frais de courtier — Services de courtier retenus par les débiteurs hypothécaires et rémunérés — Frais de courtier ne constituant pas des intérêts et non inclus dans le calcul du taux d'intérêt — Taux d'intérêt (calculé sans frais) non criminel.

Intérêts — Sens du terme — Services de courtier retenus par les débiteurs hypothécaires et rémunérés — Frais de courtier ne constituant pas des intérêts.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 87 B.C.L.R. (2d) 118, 39 B.C.A.C. 61, 64 W.A.C. 61, 108 D.L.R. (4th) 415, qui a accueilli un appel contre une ordonnance du juge Hardinge qui a déclaré nuls et non exécutoires des prêts hypothécaires avec participation à la mise de fonds. Pourvoi rejeté.

David W. Scott et J. A. Donald Bohun, pour l'appelante.

William Kaplan et Scott A. Turner, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi pour les raisons exposées par madame le juge Southin de la

Appeal. The appeal is accordingly dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Amicus Law Centre, Victoria.

Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Amicus Law Centre, Victoria.

Procureurs de l'intimée: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Jean-Denis Gagnon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*INDEXED AS: **R. v. GAGNON**

File No.: 23597.

1996: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUÉBEC*Criminal law — Fresh evidence — New trial ordered.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1992] Q.J. No. 2243 (QL), J.E. 93-168, affirming the accused's conviction on a charge of second degree murder. Appeal allowed. Motion to adduce fresh evidence granted and new trial ordered.

Roxane Hardy and Nicole Languérand, for the appellant.*Robert Parrot*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — In view of the fresh evidence before the Court, the only possible conclusion is that a new trial should be ordered, and a new trial is ordered. The appeal is allowed.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Boucher, Hardy & Associés, Montreal; La Haye, De Gage, Montreal.**Solicitor for the respondent: Robert Parrot, Québec.***Jean-Denis Gagnon** *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*RÉPERTORIÉ: **R. c. GAGNON**

N° du greffe: 23597.

1996: 21 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Nouvelle preuve — Nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1992] A.Q. n° 2243 (QL), J.E. 93-168, qui a confirmé le verdict de culpabilité prononcé contre l'accusé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli. Requête en nouvelle preuve accordée et nouveau procès ordonné.

Roxane Hardy et Nicole Languérand, pour l'appelante.*Robert Parrot*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Eu égard à la nouvelle preuve devant nous, la seule conclusion possible est d'ordonner un nouveau procès, et un nouveau procès est ordonné. L'appel est accueilli.

*Jugement en conséquence.**Procureurs de l'appelant: Boucher, Hardy & Associés, Montréal; La Haye, De Gage, Montréal.**Procureur de l'intimée: Robert Parrot, Québec.*

IN THE MATTER OF a Reference by the Lieutenant Governor of Nova Scotia in Council to the Nova Scotia Court of Appeal pursuant to the *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, of certain questions relating to the constitutional validity of provisions of *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, c. 31

The Attorney General of Nova Scotia *Appellant*

v.

D. A. Rollie Thompson *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE AMENDMENTS TO THE RESIDENTIAL TENANCIES ACT (N.S.)

File No.: 24276.

1995: October 5; 1996: February 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Provincial residential tenancies legislation amended to create new dispute resolution mechanism — Whether provisions violate s. 96 of Constitution Act, 1867 — Whether jurisdiction conferred on residential tenancies director and residential tenancies board is “novel” — Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, c. 31.

DANS L'AFFAIRE du renvoi à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse par le lieutenant-gouverneur de cette province, conformément à la *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 89, de questions relatives à la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi intitulée *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, ch. 31

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse *Appellant*

c.

D. A. Rollie Thompson *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À CERTAINES MODIFICATIONS À LA RESIDENTIAL TENANCIES ACT (N.-É.)

N° du greffe: 24276.

1995: 5 octobre; 1996: 22 février.

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

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

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Modification de la loi provinciale sur la location résidentielle pour créer un nouveau mécanisme de règlement des différends — Ces dispositions portent-elles atteinte à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867? — La compétence conférée au directeur de la location résidentielle et à la commission de location résidentielle est-elle «nouvelle»? — Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, ch. 31.

The Nova Scotia *Residential Tenancies Act* was amended in 1992, but the amendments creating a new dispute resolution mechanism were left unproclaimed pending a ruling on their constitutionality. The legislation gives the provincially appointed Director of Residential Tenancies and his delegates the power to investigate, mediate and adjudicate disputes between landlords and their residential tenants. It empowers the Director to make orders for compliance, termination, repair and possession. An appeal lies from the Director's decision to a Residential Tenancies Board as a trial *de novo*. The Board can order the same remedies that the Director may prescribe. The decision of the Board can be appealed to the Nova Scotia Court of Appeal, with leave, on questions of law or jurisdiction. The jurisdiction of the Director and Board is exclusive. All residential tenancy disputes must be determined by the procedure specified in the Act, and except for formally entering orders and its limited appellate jurisdiction, the superior court has no power to determine them. On a reference by the Lieutenant Governor in Council, the Court of Appeal decided that the legislative provisions were *ultra vires* as they pertained to the Residential Tenancies Board and *intra vires* as they pertained to the Director. The Attorney General of Nova Scotia appealed the decision as of right and the respondent cross-appealed the decision concerning the Director's constitutional status.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The first step of the test set out in *Re Residential Tenancies Act, 1979* for determining whether a conferral of power on an inferior tribunal violates s. 96 of the *Constitution Act, 1867* asks whether the power conferred "broadly conforms" to a power or jurisdiction exercised by a superior, district or county court at the time of Confederation. The function of this step is to determine whether the power is analogous to one exercised by the courts that became s. 96 courts. If the inferior courts before Confederation alone exercised the power, or shared it in a practical way with the future superior courts, s. 96 is not engaged and no further inquiry is required. For the purposes of characterizing the judicial power which is said to be removed by its conferral on a provincially appointed body, the focus of

La *Residential Tenancies Act* de la Nouvelle-Écosse a été modifiée en 1992, mais la proclamation des modifications créant un nouveau mécanisme de règlement des différends a été reportée jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur constitutionnalité. Les dispositions législatives habilite le directeur de la location résidentielle nommé par la province et ses représentants à enquêter sur des différends entre propriétaires et locataires, à agir en qualité de médiateur à cet égard et à statuer sur ces différends. Elles confèrent au directeur le pouvoir de rendre des ordonnances relatives au respect de la Loi ou du bail, à la résiliation du bail, aux réparations et à la possession. Il peut être interjeté appel de la décision du directeur à une commission de location résidentielle par voie d'audition *de novo*. La commission peut ordonner les mêmes redressements que le directeur. La décision de la commission peut, sur autorisation, être portée en appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse sur des questions de droit et de compétence. La compétence du directeur et celle de la commission sont exclusives. Tous les différends en matière de location résidentielle doivent être tranchés au moyen de la procédure établie par la Loi. À l'exception de l'inscription formelle des ordonnances et de sa compétence limitée en appel, le tribunal supérieur n'a aucun pouvoir à l'égard de ces différends. Dans le cadre d'un renvoi par le lieutenant-gouverneur en conseil, la Cour d'appel a déclaré les dispositions législatives inconstitutionnelles en ce qui concerne la commission de location résidentielle et constitutionnelles en ce qui concerne le directeur. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse se pourvoit de plein droit contre la décision et, dans un pourvoi incident, l'intimé conteste la décision pour ce qui est de la validité constitutionnelle du poste de directeur.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci et Major: Le premier volet du critère établi dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, qui permet de déterminer si l'attribution d'un pouvoir à un tribunal inférieur porte atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pose la question de savoir si le pouvoir «correspond généralement» à un pouvoir ou à une compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. L'objet de cette étape est de déterminer si le pouvoir est analogue à un pouvoir qui était exercé par les tribunaux qui sont devenus les cours visées à l'art. 96. Si seuls les tribunaux inférieurs d'avant la Confédération exerçaient le pouvoir en question ou le partageaient dans la pratique avec les tribunaux qui allaient devenir les cours supérieures, l'art. 96 n'est

the historical inquiry is on the type of dispute involved. The inquiry must not focus on a technical analysis of remedies, nor should it evaluate the nature and goals of the legislative scheme, which fall to be considered only at the third stage should the inquiry progress that far. The concern is to ascertain whether the type of dispute at issue is broadly conformable to one which fell to be decided exclusively or predominantly by the superior courts at or about the time of Confederation.

The evidence adduced in this case demonstrates that the superior courts of Canada did not enjoy exclusive jurisdiction over tenancy disputes at the time of Confederation. In every former colony inferior courts exercised a significant concurrent jurisdiction at or about the time of Confederation. It follows that the Nova Scotia legislature's conferral of jurisdiction over residential tenancies on a provincially appointed tribunal does not violate s. 96.

The legislation at issue here does not meet the test for novel jurisdiction. The powers conferred are clearly analogous to those exercised by the courts in 1867. The legislation codifies the existing law and establishes an impartial dispute resolution mechanism for landlords and tenants. Both the Director and the Board decide disputes between the parties. The parties present evidence and make submissions. Appeals are allowed and orders can be enforced by the parties as orders of the court. This is exactly the sort of work courts have traditionally done in relation to residential tenancy disputes. While there is little doubt that the process of urbanization has increased the number of residential tenants living in cities, the number of people renting premises as a percentage of the total population appears to have remained relatively constant over the years. More importantly, the increased urbanization of residential tenancy is not sufficient to transform the subject matter of the jurisdiction. Codifying law cannot create a new jurisdiction, since codification necessarily presumes the jurisdiction previously existed. Moreover, the Act does not fundamentally change the leasehold and contractual nature of residential tenancies. Finally, the fact that the legislation

alors pas visé et il n'est pas nécessaire de poursuivre l'examen. Aux fins de la qualification du pouvoir judiciaire qui, affirme-t-on, est retiré par suite de son attribution à un organisme de constitution provinciale, l'analyse historique est concentrée sur le type de différend concerné. L'examen ne doit pas s'attacher à une analyse formaliste des recours, ni non plus viser à évaluer la nature et les objectifs du régime législatif, points qui ne doivent être abordés qu'à la troisième étape, si on se rend jusque-là. Le but est de vérifier si le type de litige en cause correspond généralement à un type de litige qui relevait exclusivement ou principalement des cours supérieures au moment de la Confédération ou à cette époque.

La preuve produite en l'espèce démontre que les cours supérieures au Canada n'avaient pas compétence exclusive sur les différends en matière de location à bail au moment de la Confédération. Dans chacune des anciennes colonies, les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence concurrente appréciable à cet égard au moment de la Confédération ou à cette époque. Il s'ensuit que l'attribution, par la législature de la Nouvelle-Écosse, de pouvoirs en matière de location résidentielle à un tribunal de constitution provinciale ne porte pas atteinte à l'art. 96.

Les dispositions législatives en cause dans le présent pourvoi ne satisfont pas au critère relatif à la compétence nouvelle. Les pouvoirs conférés sont visiblement analogues à ceux qu'exerçaient les tribunaux en 1867. Les dispositions en cause codifient le droit existant et établissent un mécanisme impartial de règlement des différends à l'intention des propriétaires et des locataires. Tant le directeur que la commission tranchent des différends entre les parties, qui présentent des éléments de preuve et des observations. Les appels sont permis et les parties peuvent faire exécuter les ordonnances en tant qu'ordonnances de la cour. Voilà exactement le genre de fonctions dont les cours de justice se sont traditionnellement acquittées relativement aux différends en matière de location résidentielle. S'il ne fait guère de doute que l'urbanisation a eu pour effet d'accroître le nombre de locataires habitant les villes, la proportion en pourcentage des personnes qui louent des locaux par rapport à la population totale semble être demeurée relativement constante au fil des ans. Fait plus important encore, le fait que la location résidentielle soit un phénomène de plus en plus urbain ne peut suffire pour transformer l'objet de la compétence. La codification de règles de droit ne peut créer une compétence nouvelle, puisqu'elle suppose nécessairement que la compétence existait déjà. En outre, la Loi ne modifie pas fondamentalement le fait que la location résidentielle tient de la

apparently seeks to address a perceived social priority is not sufficient to create a new jurisdiction.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ.: The proper characterization of the statutory provisions at issue here is "jurisdiction over residential tenancies; disputes between residential landlords and tenants". This jurisdiction is a novel one which did not exist in 1867, and is thus not a jurisdiction that must be exercised by a s. 96 superior court judge. In determining whether a jurisdiction is novel the court should consider whether the legislation is an attempt to respond to a new societal interest and approach regarding the subject matter of the legislation, whether the legislation is based on principles of law that make it distinct from similar legislation, and whether there is an identifiable social policy that is different from the policy goals of analogous legislation. Although the law of landlord and tenant is clearly not novel, the concept of a residential tenancy is largely a phenomenon of modern and urban society. In 1867, while there were no doubt some residential tenancy disputes, there was no jurisdiction over them in the manner contemplated by the contemporary Nova Scotia legislature. The *Residential Tenancies Act* has carved out a distinct branch of landlord-tenant law and developed a complete code to govern the residential tenancy relationship. Finally, there is an identifiable social policy that is different from analogous legislation. This is legislation of a clearly social nature which reflects a distinct evolution since 1867 and a completely different notion of residential landlord and tenant relations from that which existed at that time. Further, had this jurisdiction been in existence prior to Confederation, the legislatures in the four confederating provinces would have granted it to their inferior courts. Residential tenancy disputes involve a high volume of repetitive and narrowly defined matters of limited complexity. They are amply suited to resolution by lay persons applying the rules with fairness and common sense. As the challenged jurisdiction in this case does not run afoul of the first branch of the test set out in *Re Residential Tenancies Act, 1979* because it is a novel jurisdiction which does not broadly conform to a power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of

nature du contrat et de la tenure à bail. Enfin, le fait que les dispositions législatives visent apparemment à répondre à ce qu'on perçoit comme une priorité sociale ne crée pas une compétence nouvelle.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory: Les dispositions législatives en cause dans le présent pourvoi doivent être qualifiées de «compétence sur la location résidentielle et sur les différends entre propriétaires et locataires résidentiels». Puisqu'elle est une compétence nouvelle, qui n'existait pas en 1867, elle n'est pas une compétence qui doit être exercée par un juge d'une cour supérieure visée à l'art. 96. En vue de déterminer si une compétence est nouvelle, la cour doit se demander si la loi vise à répondre à un intérêt nouveau de la société pour le sujet de la loi et à une conception nouvelle à cet égard, si elle est fondée sur des principes de droit qui la distinguent de lois similaires, et s'il y a une politique sociale identifiable, distincte des objectifs de politique générale visés par les lois analogues. Même s'il ne fait aucun doute que le droit relatif aux rapports entre propriétaires et locataires n'est pas nouveau, le concept de location résidentielle est, dans une large mesure, un phénomène propre aux sociétés urbaines modernes. En 1867, même s'il survenait certainement des différends en matière de location résidentielle, il n'existait à l'égard de ces différends aucune compétence du type de celle envisagée par la législature actuelle de la Nouvelle-Écosse. La *Residential Tenancies Act* a établi une branche particulière du droit relatif aux rapports en matière de location immobilière ainsi qu'un code complet régissant la location résidentielle. Enfin, il se dégage une politique sociale identifiable, distincte des lois analogues. Il s'agit d'une loi à caractère nettement social, reflétant l'évolution marquée qui s'est produite depuis 1867 et une conception des rapports entre propriétaires et locataires résidentiels totalement différente de celle qui existait à ce moment. En outre, si cette compétence avait existé avant la Confédération, les législatures dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération l'auraient confiée à leurs tribunaux inférieurs. La location résidentielle donne lieu à un grand nombre d'affaires répétitives, portant sur des questions étroitement délimitées et peu complexes. Il s'agit de différends qui se prêtent bien à une procédure de règlement par des non-juristes chargés d'appliquer les règles pertinentes avec équité et bon sens. Comme la compétence contestée en l'espèce n'est pas contraire au premier volet du critère énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle* étant donné qu'elle est une compétence nouvelle qui ne correspond pas généralement à un pouvoir ou à une compétence exercé par les cours supérieures, de district ou de comté,

Confederation, there is no need to consider the second or third branches of that test.

Per Gonthier J.: While the framework set forth by Lamer C.J. for the analysis of whether a jurisdiction conferred on courts is novel for the purpose of applying s. 96 of the *Constitution Act, 1867* was agreed with, the legislative scheme does not embody a sufficiently novel social philosophy or approach as to exclude analogy with jurisdiction assigned to the courts at the time of Confederation. For the reasons given by McLachlin J., the superior courts of Canada did not enjoy exclusive jurisdiction over tenancy disputes at the time of Confederation and consequently the impugned provisions of the *Residential Tenancies Act* do not violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535; *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38, leave to appeal refused, [1983] 1 S.C.R. 55; *Re Attorney-General of Nova Scotia and Gillis* (1980), 111 D.L.R. (3d) 349; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134.

By Lamer C.J.

Applied: *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; **referred to:** *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38, leave to appeal refused, [1983] 1 S.C.R. 55; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Procureur Général de Québec v. Barreau de la Province de Québec*, [1965] S.C.R. 772; *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413; *Brooks*

au moment de la Confédération, il n'est pas nécessaire d'examiner les deuxième et troisième volets de ce critère.

Le juge Gonthier: Bien que l'on convienne du cadre établi par le juge en chef Lamer pour déterminer si une compétence conférée à des tribunaux est une compétence nouvelle aux fins de l'application de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le régime législatif n'intègre pas une philosophie ou une approche sociale suffisamment nouvelle pour exclure toute analogie avec la compétence que possédaient les tribunaux au moment de la Confédération. Pour les motifs exprimés par le juge McLachlin, les cours supérieures au Canada n'avaient pas compétence exclusive sur les différends en matière de location au moment de la Confédération et, par conséquent, les dispositions contestées de la *Residential Tenancies Act* ne portent pas atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535; *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38, autorisation de pourvoi refusée, [1983] 1 R.C.S. 55; *Re Attorney-General of Nova Scotia and Gillis* (1980), 111 D.L.R. (3d) 349; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134.

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; **arrêts mentionnés:** *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38, autorisation de pourvoi refusée, [1983] 1 R.C.S. 55; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Procureur Général de Québec c. Barreau de la Province de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Massey-*

v. Pavlick, [1964] S.C.R. 108; *Asselin v. Industries Abex Ltée* (1985), 22 D.L.R. (4th) 212; *Walker's Case* (1587), 3 Co. Rep. 22a., 76 E.R. 676; *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577; *Pajelle Investments Ltd. v. Herbold*, [1976] 2 S.C.R. 520.

Ferguson Industries Ltd. c. Saskatchewan, [1981] 2 R.C.S. 413; *Brooks c. Pavlick*, [1964] R.C.S. 108; *Asselin c. Industries Abex Ltée* (1985), 22 D.L.R. (4th) 212; *Walker's Case* (1587), 3 Co. Rep. 22a., 76 E.R. 676; *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577; *Pajelle Investments Ltd. c. Herbold*, [1976] 2 R.C.S. 520.

Statutes and Regulations Cited

Act concerning the City of Halifax, S.N.S. 1864, 27 Vict., c. 81, s. 123.
Act further to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John, and in amendment of the Law relating to said Court, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 46.
Act relating to the City Court of the City of Saint John, S.N.B. 1860, 23 Vict., c. 57.
Act respecting the Division Courts, C.S.U.C. 1859, c. 19, s. 55(2).
Act to amend an Act intituled An Act to amend the Law relating to the collection of Taxes and small debts in the Parish of Portland, in the City and County of Saint John, and for other purposes in the said Parish, S.N.B. 1867, 30 Vict., c. 36, s. 4.
Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, c. 31, ss. 7, 8(2) [not yet in force].
Act to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John, S.N.B. 1859, 22 Vict., c. 38, s. 1.
Act to improve the Administration of the Law, and to reduce the number of Courts of Justice within this Province, and to diminish the expense of the Judiciary therein, S.N.S. 1841, 4 Vict., c. 3.
Act to Incorporate the Town of Halifax, S.N.S. 1841, 4 Vict., c. 55, s. 54.
Act to regulate proceedings before Justices of the Peace in Civil Suits, S.N.B. 1834, 4 Gul. 4, c. 45.
Act to regulate the Summary Trial of Actions before His Majesty's Justices of the Peace, in the Town and Peninsula of Halifax, S.N.S. 1792, 32 Geo. 3, c. 14.
Charter of City of Saint John, S.N.B. 1855, 18 Vict., vol. 3, Appendix.
Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96, 97 to 101.
Of Tenancies and of Forcible Entry and Detainer, R.S.N.S. 1864, c. 140.
Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits, R.S.N.B. 1854, c. 137, s. 53.
Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases, R.S.N.S. 1864, c. 128, s. 1.
Residential Tenancies Act, R.S.N.S. 1989, c. 401, ss. 3(1), 7(1), 13 to 17 [rep. & sub. 1992, c. 31, s. 7], 18(3), (4) [rep. & sub. *idem*, s. 8(2)], 21.

Lois et règlement cités

Act concerning the City of Halifax, S.N.S. 1864, 27 Vict., ch. 81, art. 123.
Act further to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John, and in amendment of the Law relating to said Court, S.N.B. 1864, 27 Vict., ch. 46.
Act relating to the City Court of the City of Saint John, S.N.B. 1860, 23 Vict., ch. 57.
Act respecting the Division Courts, C.S.U.C. 1859, ch. 19, art. 55(2).
Act to amend an Act intituled An Act to amend the Law relating to the collection of Taxes and small debts in the Parish of Portland, in the City and County of Saint John, and for other purposes in the said Parish, S.N.B. 1867, 30 Vict., ch. 36, art. 4.
Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, ch. 31, art. 7, 8(2) [pas encore en vigueur].
Act to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John, S.N.B. 1859, 22 Vict., ch. 38, art. 1.
Act to improve the Administration of the Law, and to reduce the number of Courts of Justice within this Province, and to diminish the expense of the Judiciary therein, S.N.S. 1841, 4 Vict., ch. 3.
Act to Incorporate the Town of Halifax, S.N.S. 1841, 4 Vict., ch. 55, art. 54.
Act to regulate proceedings before Justices of the Peace in Civil Suits, S.N.B. 1834, 4 Gul. 4, ch. 45.
Act to regulate the Summary Trial of Actions before His Majesty's Justices of the Peace, in the Town and Peninsula of Halifax, S.N.S. 1792, 32 Geo. 3, ch. 14.
Charter of City of Saint John, S.N.B. 1855, 18 Vict., vol. 3, Appendix.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96, 97 à 101.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 36.
Of Tenancies and of Forcible Entry and Detainer, R.S.N.S. 1864, ch. 140.
Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits, R.S.N.B. 1854, ch. 137, art. 53.
Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases, R.S.N.S. 1864, ch. 128, art. 1.

Residential Tenancies Act, S.N.S. 1970, c. 13.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 36.

Authors Cited

- Acheson, T. W. "The National Policy and the Industrialization of the Maritimes, 1880-1910", *Acadiensis*, I, 2 (Spring 1972), pp. 3-28.
- Alberta. Institute of Law Research and Reform. *Residential Tenancies*. Report No. 22. Edmonton: The Institute, 1977.
- Beck, J. Murray. *The Government of Nova Scotia*. Toronto: University of Toronto Press, 1957.
- Bell, D. G. "A Perspective on Legal Pluralism in 19th-Century New Brunswick" (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 86.
- British Columbia. Law Reform Commission. *Landlord and Tenant Relationships: Residential Tenancies*. Project No. 12. Vancouver: The Commission, 1973.
- Burpee, Lawrence J. "The Golden Age of Nova Scotia" (1929), 36 *Queen's Q.* 380.
- Elliot, Robin. *Comment* (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 313.
- Girard, Philip. "The Rise and Fall of Urban Justice in Halifax, 1815-1886" (1988), 8:2 *Nova Scotia Historical Review* 57.
- Haliburton, Thomas C. *An Historical and Statistical Account of Nova Scotia*. Halifax: Joseph Howe, 1829.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 1, 3rd ed. London: Butterworth & Co., 1952.
- Historical Atlas of Canada*, vol. II, *The Land Transformed 1800-1891*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
- Inwood, Kris E. "Maritime Industrialization from 1870 to 1910: A Review of the Evidence and Its Interpretation", *Acadiensis*, XXI, 1 (Autumn 1991), pp. 132-55.
- Lamont, Donald H. L. *The Landlord and Tenant Act Part IV: A Section by Section Analysis of the First Amendments to the Landlord and Tenant Act in Over 50 Years*. Toronto: Carswell, 1970.
- Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139.
- MacNeil, Michael. "Property in the Welfare State" (1983), 7 *Dalhousie L.J.* 343.
- Murdoch, Beamish. *Epitome of the Laws of Nova Scotia*, vol. III. Halifax: Joseph Howe, 1833.
- Nova Scotia. *Report of the Nova Scotia Court Structure Task Force*, Appendix 1, "History of Nova Scotia Courts". March 1991.
- Ontario. Law Reform Commission. *Interim Report on Landlord and Tenant Law Applicable to Residential Tenancies*. Toronto: Department of the Attorney General, 1968.

Residential Tenancies Act, R.S.N.S. 1989, ch. 401, art. 3(1), 7(1), 13 à 17 [abr. & rempl. 1992, ch. 31, art. 7], 18(3), (4) [abr. & rempl. *idem*, art. 8(2)], 21.
Residential Tenancies Act, S.N.S. 1970, ch. 13.

Doctrine citée

- Acheson, T. W. «The National Policy and the Industrialization of the Maritimes, 1880-1910», *Acadiensis*, I, 2 (Spring 1972), pp. 3-28.
- Alberta. Institute of Law Research and Reform. *Residential Tenancies*. Report No. 22. Edmonton: The Institute, 1977.
- Atlas historique du Canada*, vol. II, *La transformation du territoire 1800-1891*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1993.
- Beck, J. Murray. *The Government of Nova Scotia*. Toronto: University of Toronto Press, 1957.
- Bell, D. G. «A Perspective on Legal Pluralism in 19th-Century New Brunswick» (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 86.
- Burpee, Lawrence J. «The Golden Age of Nova Scotia» (1929), 36 *Queen's Q.* 380.
- Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Landlord and Tenant Relationships: Residential Tenancies*. Project No. 12. Vancouver: The Commission, 1973.
- Elliot, Robin. *Comment* (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 313.
- Girard, Philip. «The Rise and Fall of Urban Justice in Halifax, 1815-1886» (1988), 8:2 *Nova Scotia Historical Review* 57.
- Haliburton, Thomas C. *An Historical and Statistical Account of Nova Scotia*. Halifax: Joseph Howe, 1829.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 1, 3rd ed. London: Butterworth & Co., 1952.
- Inwood, Kris E. «Maritime Industrialization from 1870 to 1910: A Review of the Evidence and Its Interpretation», *Acadiensis*, XXI, 1 (Autumn 1991), pp. 132-55.
- Lamont, Donald H. L. *The Landlord and Tenant Act Part IV: A Section by Section Analysis of the First Amendments to the Landlord and Tenant Act in Over 50 Years*. Toronto: Carswell, 1970.
- Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139.
- MacNeil, Michael. «Property in the Welfare State» (1983), 7 *Dalhousie L.J.* 343.
- Murdoch, Beamish. *Epitome of the Laws of Nova Scotia*, vol. III. Halifax: Joseph Howe, 1833.
- Nouvelle-Écosse. *Report of the Nova Scotia Court Structure Task Force*, Appendix 1, «History of Nova Scotia Courts». March 1991.
- Ontario. Law Reform Commission. *Interim Report on Landlord and Tenant Law Applicable to Residential*

Oxner, Sandra E. "The Evolution of the Lower Court of Nova Scotia". In *Law in a Colonial Society: The Nova Scotia Experience*. Edited by Peter Waite, Sandra Oxner and Thomas Barnes. Toronto: Carswell, 1984.

Patterson, George. "The Establishment of the County Court in Nova Scotia" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 394.

Townsend, Charles J. "Historical Account of the Courts of Judicature in Nova Scotia" (1899), 19 *Can. L.T.* 25.

Williams' The Canadian Law of Landlord and Tenant, 4th ed. By F. W. Rhodes. Toronto: Carswell, 1973.

Woodfall's Law of Landlord and Tenant, 28th ed. By V. G. Wellings. London: Sweet & Maxwell, 1978.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1994), 115 D.L.R. (4th) 129, 130 N.S.R. (2d) 346, 27 Admin. L.R. (2d) 196, on a reference concerning the constitutional validity of certain statutory provisions. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Alexander M. Cameron, for the appellant.

D. A. Rollie Thompson, solicitor appointed to act as respondent.

Janet E. Minor and *Dale E. Ives*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *Isabelle Harnois*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Donna J. Miller, Q.C., and *Deborah L. Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Deborah K. Lovett, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. were delivered by

LAMER C.J. — This is an appeal from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal on a reference concerning the constitutionality of certain provisions of *An Act to Amend Chapter 401 of the*

Tenancies. Toronto: Department of the Attorney General, 1968.

Oxner, Sandra E. «The Evolution of the Lower Court of Nova Scotia». In *Law in a Colonial Society: The Nova Scotia Experience*. Edited by Peter Waite, Sandra Oxner and Thomas Barnes. Toronto: Carswell, 1984.

Patterson, George. «The Establishment of the County Court in Nova Scotia» (1943), 21 *R. du B. can.* 394.

Townsend, Charles J. «Historical Account of the Courts of Judicature in Nova Scotia» (1899), 19 *Can. L.T.* 25.

Williams' The Canadian Law of Landlord and Tenant, 4th ed. By F. W. Rhodes. Toronto: Carswell, 1973.

Woodfall's Law of Landlord and Tenant, 28th ed. By V. G. Wellings. London: Sweet & Maxwell, 1978.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1994), 115 D.L.R. (4th) 129, 130 N.S.R. (2d) 346, 27 Admin. L.R. (2d) 196, dans le cadre d'un renvoi concernant la constitutionnalité de certaines dispositions législatives. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Alexander M. Cameron, pour l'appelant.

D. A. Rollie Thompson, procureur désigné pour agir à titre d'intimé.

Janet E. Minor et *Dale E. Ives*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *Isabelle Harnois*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Donna J. Miller, c.r., et *Deborah L. Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Deborah K. Lovett, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Il s'agit d'un pourvoi formé à l'encontre d'une décision rendue par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans le cadre d'un renvoi concernant la constitutionnalité de cer-

Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, c. 31.

I. Introduction

² As our society has become more urbanized, complex and regulated, the need for efficient and speedy dispute resolution has become an important goal of provincial administration. This case requires us once again to consider the limits placed by s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and its jurisprudence on the ability of provinces to reorganize their court structure and allocate judicial functions to administrative agencies. We must determine whether provincial appointees may adjudicate residential tenancies disputes.

II. Factual Background

³ In 1970, Nova Scotia responded to the perceived needs of its growing and increasingly urban population by enacting residential tenancy legislation. Clear-cut statutory rights and duties were substituted for common law contract and property law principles, which had been evolving since feudal times. This simplified the issues that could arise between landlords and tenants, and residential tenancy boards composed of lay persons were given jurisdiction to settle their disputes. The intention of the legislature to make the *Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1970, c. 13, a complete code was frustrated when the dispute settlement mechanism was struck down by the Nova Scotia Court of Appeal in *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38 (leave to appeal refused as there was no longer a dispute between the parties, [1983] 1 S.C.R. 55) because it failed to pass constitutional muster under the s. 96 test established by this Court in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714.

taines dispositions de la loi intitulée *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, ch. 31.

I. Introduction

Notre société étant de plus en plus urbanisée, complexe et réglementée, le règlement rapide et efficace des différends est devenu un objectif important des administrations provinciales. Nous sommes une fois de plus appelés, en l'espèce, à examiner les limites que l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la jurisprudence correspondante imposent en ce qui concerne le pouvoir des provinces de réorganiser leur système judiciaire et d'assigner des fonctions judiciaires à des organismes administratifs. Nous devons décider si des personnes nommées par les provinces peuvent statuer sur des différends en matière de location résidentielle.

II. Les faits

En 1970, pour répondre à ce qu'elle percevait comme étant un besoin de sa population sans cesse croissante et de plus en plus urbaine, la Nouvelle-Écosse a édicté une loi sur la location résidentielle. Elle a ainsi substitué des droits et des obligations bien définis dans des dispositions législatives aux principes de common law régissant le droit des contrats et le droit des biens, principes ayant évolué depuis les temps féodaux. Cette mesure a permis de circonscrire les problèmes susceptibles de surgir entre propriétaires et locataires, et des commissions de location résidentielle formées de non-juristes se sont vues confier le pouvoir de résoudre ce genre de différends. L'intention de la législature, qui était de faire de la *Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1970, ch. 13, un code complet, a été contrecarrée lorsque la Cour d'appel, dans l'arrêt *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38 (autorisation de pourvoi refusée parce qu'il avait cessé d'y avoir un différend entre les parties, [1983] 1 R.C.S. 55), a invalidé le mécanisme de règlement des différends pour le motif qu'il ne résistait pas à l'examen constitutionnel fondé sur le critère relatif à l'art. 96, énoncé par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

Under the present dispute resolution regime, a landlord or tenant can bring a complaint under the *Residential Tenancies Act*, R.S.N.S. 1989, c. 401, to the Supreme Court of Nova Scotia. The court then refers the complaint to the Residential Tenancies Board, where the hearing takes place before a one-member board. A decision is reached in the form of a report. The Board's report is submitted back to the court for approval, which is rarely withheld unless either party files a notice of objection. On considering the objection the court can dismiss it, return the matter to the Board, call for further information, and vary the report. There is a further appeal to the Nova Scotia Court of Appeal on questions of law and jurisdiction.

The *Residential Tenancies Act* was amended in 1992 pursuant to *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*. The amendments creating a new dispute resolution mechanism were left unproclaimed pending our answer to its constitutionality. The amendments provide for a Director of Residential Tenancies who has three duties — investigation, mediation and decision making. The Director is also empowered to order a landlord or tenant to comply with the provisions of a lease, not to breach a lease again, pay compensation, terminate a tenancy and order a tenant to vacate, determine the disposition of security deposits, and direct that the tenant pay rent in trust to the Director pending performance of a duty by the landlord. An appeal lies from the Director's decision to a Residential Tenancies Board as a trial *de novo*. The Board can order the same remedies that the Director may prescribe. The decision of the Board can be appealed to the Nova Scotia Court of Appeal, with leave, on questions of law or jurisdiction.

4
En vertu du régime actuel de règlement des différends, les propriétaires ou les locataires peuvent déposer une plainte fondée sur la *Residential Tenancies Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 401, auprès de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Celle-ci renvoie ensuite la plainte à la commission de location résidentielle. La plainte est entendue par un commissaire qui rend sa décision sous forme de rapport. Le rapport de la commission est ensuite soumis à la Cour pour approbation, approbation qui est rarement refusée, sauf dans les cas où l'une ou l'autre des parties dépose un avis d'opposition. Après examen de l'opposition, la cour peut écarter l'opposition, renvoyer l'affaire à la commission, demander des renseignements supplémentaires ou encore modifier le rapport. Il peut être interjeté appel à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse sur des questions de droit et de compétence.

5
La *Residential Tenancies Act* a été modifiée en 1992 par *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*. La proclamation des modifications créant un nouveau mécanisme de règlement des différends a été reportée jusqu'à ce que notre Cour ait statué sur leur constitutionnalité. Ces modifications établissent le poste de directeur de la location résidentielle, à qui on confie trois fonctions: enquêter, agir en qualité de médiateur et rendre des décisions. Le directeur est également habilité à intimor au propriétaire ou au locataire concerné de respecter les dispositions du bail, de ne pas violer de nouveau le bail ou de verser une indemnité; il peut également résilier le bail et ordonner au locataire de quitter les lieux, indiquer ce qui sera fait du cautionnement ou ordonner au locataire de lui verser le montant du loyer, en fiducie, jusqu'à ce que le propriétaire se soit acquitté d'une obligation. Il peut être interjeté appel de la décision du directeur à une commission de location résidentielle par voie d'audition *de novo*. La commission peut ordonner les mêmes redressements que le directeur. La décision de la commission peut, sur autorisation, être portée en appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse sur des questions de droit et de compétence.

6 The question of the constitutionality of the unproclaimed amendments was referred by the Lieutenant Governor-in-Council of Nova Scotia to the Nova Scotia Court of Appeal by Order in Council dated November 2, 1993. The Nova Scotia Court of Appeal decided (4:1) that the legislative provisions were *ultra vires* as they pertained to the Residential Tenancies Board and (5:0) that the legislative provisions were *intra vires* as they pertained to the Director: (1994), 115 D.L.R. (4th) 129, 130 N.S.R. (2d) 346, 27 Admin. L.R. (2d) 196. The Attorney General of Nova Scotia appeals as of right the decision of the Nova Scotia Court of Appeal pursuant to s. 36 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. The respondent cross-appeals the decision of the Nova Scotia Court of Appeal concerning the constitutional status of the Director.

III. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

7 Section 96 of the *Constitution Act, 1867*, provides:

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.

8 Section 7 of *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act* (the "Act") repeals ss. 13 to 17 of the *Residential Tenancies Act* and replaces them with the following sections:

APPLICATION TO DIRECTOR

13 (1) Where a person applies to the Director

(a) to determine a question arising under this Act;
or

Le lieutenant-gouverneur en conseil de la Nouvelle-Écosse a, par décret daté du 2 novembre 1993, soumis la question de la constitutionnalité des modifications non proclamées à la Cour d'appel de cette province. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a déclaré les dispositions législatives inconstitutionnelles en ce qui concerne la commission de location résidentielle (4 contre 1) et constitutionnelles en ce qui concerne le directeur (5 contre 0): (1994), 115 D.L.R. (4th) 129, 130 N.S.R. (2d) 346, 27 Admin. L.R. (2d) 196. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse se pourvoit de plein droit contre la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse conformément à l'art. 36 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Dans un pourvoi incident, l'intimé conteste la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse pour ce qui est de la validité constitutionnelle du poste de directeur.

III. Dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est ainsi rédigé:

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

L'article 7 de la loi intitulée *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act* (la «Loi»), abroge les art. 13 à 17 de la *Residential Tenancies Act* et les remplace par les dispositions suivantes:

[TRADUCTION]

DEMANDE AU DIRECTEUR

13 (1) Le directeur a compétence exclusive, en première instance, pour enquêter et tenter, par la médiation, de régler un différend lorsque, au plus tard quatre-vingt-dix jours après l'expiration d'un bail, une personne lui présente, au moyen du formulaire réglementaire, accompagné, s'il y a lieu, des droits exigibles fixés par règlement:

a) soit une demande pour qu'il tranche une question soulevée par la présente loi;

(b) alleging a breach of a tenancy agreement or a contravention of a provision of this Act,

and, not more than ninety days after the termination of the tenancy, files with the Director the form prescribed by the regulations, together with the fee, if any, prescribed by the regulations, the Director is the exclusive authority, at first instance, to investigate and endeavour to mediate a settlement.

(2) Upon making an application pursuant to subsection (1), the applicant shall, in accordance with the regulations, serve the other parties to the matter with a copy of the application.

(3) The Director may, on the Director's own initiative, investigate and determine a matter arising pursuant to a tenancy agreement or this Act.

(4) In exercising authority pursuant to this Section, the Director may determine and adopt the most expeditious method of investigating, mediating and determining a matter.

(5) On receiving an application pursuant to subsection (1), the Director shall investigate and, subject to subsections (7) and (8), endeavour to mediate a settlement of the matter.

(6) If a matter is settled by mediation, the Director shall make a written record of the settlement which shall be signed by both parties and which is binding on the parties and is not subject to appeal.

(7) If, after investigating the matter, the Director is of the opinion that the parties are unlikely to settle it by mediation within fourteen days, or if the matter is urgent and it involves the safety or security of the landlord, the tenant or other tenants, the Director may make a decision or order in accordance with Section 14.

(8) The Director may refuse to accept an application or continue a proceeding where, in the Director's opinion, the matter is trivial, frivolous, vexatious or has not been initiated in good faith, and may, subject to the approval of the Minister, issue an order to that effect.

(9) An applicant may withdraw an application at any time before an order or decision is made.

(10) For greater certainty, the landlord and the tenant have the right to be represented by legal counsel at any stage of the proceedings.

b) soit une demande alléguant la violation du bail ou d'une disposition de la présente loi.

(2) Conformément au règlement, le demandeur signifie aux autres parties concernées une copie de la demande visée au paragraphe (1).

(3) Le directeur peut d'office enquêter et statuer sur une affaire concernant un bail ou la présente loi.

(4) Dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le présent article, le directeur peut adopter la méthode la plus rapide pour tenter, par la médiation, de régler l'affaire en question, et pour enquêter et statuer sur celle-ci.

(5) Sur réception d'une demande visée au paragraphe (1), le directeur enquête et, sous réserve des paragraphes (7) et (8), tente par la médiation de régler l'affaire.

(6) En cas de règlement par médiation, le directeur constate le règlement par écrit. Le règlement, qui doit être signé par les deux parties, lie celles-ci et ne peut faire l'objet d'un appel.

(7) Si, au terme d'une enquête, le directeur est d'avis qu'il est improbable que les parties arrivent à un règlement par médiation dans un délai de quatorze jours, ou si l'affaire est urgente et met en jeu la sécurité du locateur, du locataire concerné ou d'autres locataires, le directeur peut rendre une décision ou une ordonnance conformément à l'article 14.

(8) Le directeur peut rejeter une demande ou refuser de continuer toute instance si, à son avis, il s'agit d'une affaire futile, frivole ou vexatoire, ou si elle n'a pas été introduite de bonne foi; et il peut, sous réserve de l'approbation du ministre, rendre une ordonnance en ce sens.

(9) L'auteur d'une demande peut la retirer à n'importe quel moment avant qu'une décision ou une ordonnance soit rendue.

(10) Il est entendu que le locateur et le locataire ont le droit d'être représentés par un avocat à toute étape des procédures.

14 (1) A decision or order made by the Director pursuant to Section 13 may

(a) require a landlord or tenant to comply with a lease or an obligation pursuant to this Act;

(b) require a landlord or tenant not to again breach a lease or an obligation pursuant to this Act;

(c) require any repair or action to be taken by the landlord or tenant to remedy a breach, and require the landlord or tenant to pay any reasonable expenses associated with the repair or action;

(d) order compensation to be paid for any loss that has been suffered or will be suffered as a direct result of the breach;

(e) terminate the tenancy on a date specified in the order and order the tenant to vacate the residential premises on that date;

(f) determine the disposition of a security deposit;

(g) direct that the tenant pay the rent in trust to the Director pending the performance by a landlord of any act the landlord is required by law to perform.

(2) A decision or order made by the Director pursuant to Section 13 is, and is deemed to be, when no appeal is made pursuant to Section 15 within the time provided by that Section, a decision or order of a board.

APPEALS

15 (1) Except as otherwise provided in this Act, any person, directly affected by a decision or order of the Director, may appeal the decision or order to the residential tenancies board for the area in which the residential premises to which the decision or order relates are situate.

(2) An appeal may be commenced by filing with the Director, within ten days of the making of the decision or order, a notice of appeal in the form prescribed by the regulations and paying to the Director, within the said period of ten days, a fee in the amount prescribed by the regulations.

(3) The appellant shall, in the manner prescribed by the regulations, give a copy of the notice of appeal to all persons directly affected by the decision or order.

(4) The board shall give reasonable notice of the hearing to the parties by public notice given in the manner

14 (1) Le directeur peut, lorsqu'il rend une décision ou une ordonnance en application de l'article 13:

a) intimé au locateur ou au locataire de respecter le bail ou de se conformer à une obligation prévue par la présente loi;

b) interdire au locateur ou au locataire de manquer de nouveau au bail ou à une obligation prévue par la présente loi;

c) intimé au locateur ou au locataire de prendre des mesures, notamment d'effectuer des réparations, en vue de corriger un manquement, et contraindre le locateur ou le locataire à payer les dépenses raisonnables engagées à cette fin;

d) imposer le paiement d'une indemnité pour toute perte qui a été subie ou sera subie et qui découle directement du manquement;

e) résilier le bail à la date fixée dans l'ordonnance et intimé au locataire de quitter le logement à cette date;

f) indiquer ce qui sera fait du cautionnement;

g) intimé au locataire de lui verser le montant du loyer en fiducie, jusqu'à ce que le locateur se soit acquitté d'une obligation lui incombant.

(2) Si aucun appel n'est interjeté en vertu de l'article 15 dans le délai prévu, les décisions ou ordonnances rendues par le directeur en application de l'article 13 sont réputées être des décisions ou ordonnances de la commission.

APPELS

15 (1) Sauf disposition contraire de la présente loi, toute personne directement touchée par une décision ou une ordonnance du directeur peut en appeler à la commission de location résidentielle de la région où se trouve le logement visé.

(2) Dans les dix jours qui suivent la décision ou l'ordonnance, l'appelant dépose auprès du directeur un avis d'appel en la forme réglementaire, accompagné des droits fixés par règlement.

(3) L'appelant remet, de la manière prévue par règlement, une copie de l'avis d'appel à toutes les personnes directement touchées par la décision ou l'ordonnance.

(4) La commission donne un préavis suffisant de la date de l'audition aux parties soit par avis public en la

prescribed by the regulations, by personal service or by registered mail.

(5) The board shall conduct a hearing in respect of a matter for which a notice of appeal is filed.

(6) The board shall determine its own practice and procedure but shall give full opportunity for the parties to present evidence and make submissions.

(7) The board may conduct a hearing orally, including by telephone, or in writing or partly in writing and partly orally.

(8) Evidence may be given before the board in any manner that the board considers appropriate, and the board is not bound by rules of law respecting evidence applicable to judicial proceedings.

16 (1) Within seven days of holding a hearing pursuant to Section 15, the board shall

(a) confirm, vary or rescind the decision or order of the Director;

(b) make any decision or order that the Director could have made.

(2) The board shall compile a record of a hearing which shall consist of

(a) the decision or order of the Director that was appealed from;

(b) the notice of appeal to the board;

(c) the notice of hearing by the board;

(d) any written submissions received by the board; and

(e) the decision or order of the board and any reasons for the decision or order.

17A (1) Subject to subsections (2) and (3), any person who is a party to an appeal to a board pursuant to this Act may, if that person took part in the hearing, appeal the decision or order of the board to the Appeal Division of the Supreme Court.

(2) An appeal pursuant to this Section may only be taken on a question of law or jurisdiction and only with leave obtained from a judge of the Appeal Division of the Supreme Court.

forme réglementaire, soit par signification à personne ou par courrier recommandé.

(5) La commission tient une audition à l'égard de chaque affaire.

(6) La commission établit ses propres règles de pratique et de procédure et donne aux parties la possibilité de présenter des éléments de preuve et des observations.

(7) La commission peut tenir l'audition soit oralement, notamment par conférence téléphonique, soit par écrit, ou encore en partie par écrit et en partie oralement.

(8) La commission reçoit les témoignages de la façon qu'elle juge appropriée, et elle n'est pas liée par les règles de preuve applicables aux procédures judiciaires.

16 (1) Dans les sept jours qui suivent l'audition tenue conformément à l'article 15, la commission:

a) confirme, modifie ou annule la décision ou l'ordonnance du directeur;

b) rend toute décision ou ordonnance que celui-ci aurait pu rendre.

(2) La commission dresse un dossier de l'audition, composé des éléments suivants:

a) la décision ou l'ordonnance du directeur visée par l'appel;

b) l'avis d'appel à la commission;

c) l'avis de l'audition donné par la commission;

d) les observations écrites reçues par la commission;

e) la décision ou l'ordonnance de la commission et les motifs formulés à l'appui de celle-ci.

17A (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), la personne qui est partie à un appel présenté à la commission conformément à la présente loi peut, si elle a participé à l'audition, interjeter appel de la décision ou de l'ordonnance de la commission à la Division d'appel de la Cour suprême.

(2) Il ne peut être interjeté appel à la Division d'appel conformément au présent article que sur une question de droit ou de compétence, et uniquement avec l'autorisation d'un juge de la Division d'appel de la Cour suprême.

(3) An application for leave to appeal shall be made within fourteen days of the decision or order of the board or within such further time as the judge allows.

(4) The board is entitled to be heard, by counsel or otherwise, on the argument of an application for leave to appeal and on an appeal pursuant to this Section.

(5) The Appeal Division of the Supreme Court, on hearing an appeal pursuant to this Section, may

- (a) make any decision or order that in its opinion ought to have been made;
- (b) quash, vary or confirm the decision of the board;
- (c) refer the matter back to the board with the direction of the Court.

9 Section 8(2) repeals ss. 18(3) and (4) of the *Residential Tenancies Act* and replaces them with the following subsections:

(4B) It is the function of a board and the board has the power to hear appeals from decisions or orders of the Director.

IV. The Constitutional Issues

10 I stated the following constitutional questions on December 6, 1994:

1. Are the unproclaimed provisions of *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, c. 31 (the "Act"), within the legislative jurisdiction of the House of Assembly of Nova Scotia to the extent that those provisions confer authority respecting residential tenancies upon persons other than judges appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and, most particularly, are the following provisions of the Act within the legislative jurisdiction of the House of Assembly of Nova Scotia?
2. If the aforesaid provisions of the Act are not within the legislative jurisdiction of the House of Assembly of Nova Scotia, in what particular respects are those provisions *ultra vires*?

(3) La demande d'autorisation d'appel doit être présentée dans les quatorze jours qui suivent la décision ou l'ordonnance de la commission ou dans le délai supérieur accordé par le juge.

(4) La commission a le droit de se faire entendre, par l'entremise d'un avocat ou autrement, lors de la présentation d'une demande d'autorisation d'appel ou de l'audition d'un appel interjeté conformément au présent article.

(5) Au terme de l'audition d'un appel interjeté conformément au présent article, la Division d'appel de la Cour suprême peut:

- a) rendre la décision ou l'ordonnance qui, à son avis, aurait dû être rendue;
- b) annuler, modifier ou confirmer la décision de la commission;
- c) renvoyer l'affaire à la commission avec des directives.

Aux termes du par. 8(2), les par. 18(3) et (4) de la *Residential Tenancies Act* sont abrogés et remplacés par ce qui suit:

[TRADUCTION]

(4B) La commission entend les appels formés à l'encontre des décisions ou ordonnances du directeur.

IV. Les questions constitutionnelles

J'ai formulé les questions constitutionnelles suivantes le 6 décembre 1994:

1. L'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse est-elle compétente pour adopter les dispositions non proclamées de *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, ch. 31 (la «Loi»), dans la mesure où ces dispositions confèrent une compétence, en matière de location résidentielle, à des personnes autres qu'un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et, plus particulièrement, l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse est-elle compétente pour adopter les dispositions suivantes de la Loi?
2. Si l'Assemblée législative n'est pas compétente pour adopter les dispositions précédentes de la Loi, à quels égards ces dispositions sont-elles *ultra vires*?

V. The Decision of the Nova Scotia Court of Appeal (1994), 115 D.L.R. (4th) 129

The Majority (Clarke C.J.N.S., and Matthews, Chipman and Roscoe JJ.A.)

Clarke C.J.N.S., writing for the majority, applied the s. 96 test that was set out in *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*. Characterization of the impugned provisions was the first issue. The majority appeared to adopt the characterization advanced by the respondent as jurisdiction “to determine residential tenancies disputes, including the power to make orders for compliance, repair, compensation, termination and possession, and related matters” (p. 140). Applying the historical analysis, the majority concluded that jurisdiction over landlord and tenancy matters was vested in s. 96 courts in 1867 in three of the confederating provinces (Ontario, Nova Scotia and New Brunswick) and concurrent or shared in one (Quebec).

The majority was satisfied that the historical picture for Ontario was settled in the Supreme Court of Canada’s decision in *Re Residential Tenancies Act, 1979*. So too for Nova Scotia, the majority was satisfied that its earlier decision in *Burke, supra*, settled the historical issue in Nova Scotia. In *Burke*, the court had concluded that jurisdiction over disputes between landlord and tenants, including eviction orders, were within the exclusive domain of the superior courts. Although in the instant case, the court had before it certain historical information regarding the Inferior Court of Common Pleas that may not have been before the court in *Burke*, they were satisfied that the conclusion in *Burke* was correct.

Clarke C.J.N.S. then reviewed the New Brunswick situation. On June 17, 1867 legislation was

V. La décision de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (1994), 115 D.L.R. (4th) 129

La majorité (le juge en chef Clarke et les juges Matthews, Chipman et Roscoe)

S’exprimant pour la majorité, le juge en chef Clarke de la Nouvelle-Écosse a appliqué le critère relatif à l’art. 96 énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité. Se posait en premier lieu la question de la qualification des dispositions contestées. La majorité a paru adopter la façon dont l’intimé a qualifié la compétence en cause, savoir le pouvoir [TRADUCTION] «de trancher les différends en matière de location résidentielle, y compris celui de rendre des ordonnances concernant le respect du bail ou de la Loi, les réparations, les indemnités, la résiliation et la possession et d’autres questions connexes» (p. 140). Appliquant l’analyse historique, les juges de la majorité ont conclu que la compétence sur les rapports entre propriétaires et locataires avait, en 1867, été conférée aux tribunaux visés à l’art. 96 dans trois des provinces formant la Confédération (Ontario, Nouvelle-Écosse et Nouveau-Brunswick), et que dans une autre province (Québec), il s’agissait d’une compétence concurrente ou partagée.

Les juges de la majorité ont dit être convaincus que, en Ontario, la situation historique a été circonscrite par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, et que cette question avait également été réglée pour la Nouvelle-Écosse dans une décision antérieure de la Cour d’appel de la province, *Burke*, précité. Dans cet arrêt, la cour avait statué que la compétence sur les différends entre propriétaires et locataires, y compris le pouvoir d’ordonner des évictions, relevait exclusivement des cours supérieures. Même si, en l’espèce, la cour disposait de certaines données historiques concernant la Cour inférieure des plaid communs, dont elle n’avait peut-être pas pu bénéficier dans l’affaire *Burke*, la majorité a dit être convaincue que la conclusion tirée dans cet arrêt était correcte.

Le juge en chef Clarke a ensuite examiné la situation au Nouveau-Brunswick. Le 17 juin 1867,

11

12

13

passed to confer jurisdiction over tenancy matters on the County Court, and the Inferior Court of Common Pleas (which had, until this time, shared jurisdiction over tenancy matters with the Supreme Court) was abolished. The majority thus concluded that it was an undisputed historical fact that on July 1, 1867 there was no longer an Inferior Court of Common Pleas and that jurisdiction to deal with landlord and tenant law was vested in the County Court (a s. 96 court). Clarke C.J.N.S. concluded his historical inquiry by finding that the result of the historical analysis in Quebec was determined by the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364. In that case, the Supreme Court found that while the Superior Court and Circuit Court had jurisdiction over relations between lessors and lessees, jurisdiction was shared with an inferior court system province-wide, so that the Quebec legislation was upheld.

une loi conférant à la cour de comté compétence en matière de location a été adoptée, et la Cour inférieure des plaids communs (qui avait jusque-là partagé cette compétence avec la Cour suprême) a été abolie. Les juges de la majorité ont donc conclu qu'il était incontesté, sur le plan historique, que le 1^{er} juillet 1867 la Cour inférieure des plaids communs n'existait plus et que la Cour de comté (cour visée à l'art. 96) s'était vue confier compétence sur le droit relatif aux rapports entre propriétaires et locataires. Le juge en chef Clarke a clos son analyse historique en statuant que, en ce qui concerne le Québec, la Cour suprême du Canada avait fait cette analyse dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364. Dans cette affaire, la Cour suprême a jugé que, même si la Cour supérieure et la Cour de circuit avaient toutes deux compétence sur les rapports entre propriétaires et locataires, elles partageaient néanmoins cette compétence avec un système de tribunaux inférieurs à l'échelle de la province. En conséquence, la validité de la loi québécoise a été confirmée.

14

With regard to the second step in the *Re Residential Tenancies Act, 1979* test, Clarke C.J.N.S. examined the Director separately from the Board. He found the thrust of the Director's role to be one of mediation and investigation and that the legislation was designed as a means for landlords and tenants to settle disputes in a speedy and uncomplicated fashion. Mediation and investigation were desirable goals and were the essence of alternative dispute resolution that avoided the "trappings" of the courts. Noting that under the present system substantially more than one-half of the complaints are settled during the informal mediation processes that are presently in place, Clarke C.J.N.S. found that investigation and mediation by the Director and through the Director by residential tenancies officers of provincial appointment was a desirable social and economic goal designed to meet a societal need. In considering the decision-making process vested in the Director, Clarke C.J.N.S. found that a person dissatisfied by a decision or order of the Director could appeal to the Residential Tenancies Board, which would conduct a hearing *de novo* at which the parties would be given a full

En ce qui concerne le second volet du critère énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, le juge en chef Clarke a examiné la situation du directeur séparément de celle de la commission. Il a conclu que les principaux aspects du rôle du directeur sont la médiation et l'enquête, et que la loi se voulait un moyen de permettre aux propriétaires et aux locataires de régler leurs différends de façon simple et rapide. Il a également statué que la médiation et l'enquête sont des objectifs souhaitables, qui constituaient l'essentiel d'un mécanisme de règlement des différends évitant le «formalisme» des tribunaux judiciaires. Soulignant que, sous le régime actuel, beaucoup plus de la moitié des plaintes sont réglées dans le cadre de procédures de médiation informelles appliquées actuellement, le juge en chef Clarke a conclu que le recours à des mesures d'enquête et de médiation par le directeur ou, pour celui-ci, par des fonctionnaires de la location résidentielle nommés par la province, était un objectif socio-économique souhaitable visant à répondre à un besoin de la société. Après avoir examiné le processus décisionnel dont l'application est con-

opportunity to be heard. Consequently, Clarke C.J.N.S. found it difficult to conclude that the judicial function predominated at the first level of the dispute. He concluded that the nature of the function of the Director was administrative. No further examination was required and he held the provincial appointment process of the Director and the Director's delegation to residential tenancies officers was *intra vires*.

Clarke C.J.N.S. next considered the procedure by which the Residential Tenancies Board would operate and found that adjudication was the principal and dominant function of the board. He found that the Board is required to decide private disputes between parties. It is neither a mediator nor an investigator and it is not empowered to devise or implement a regime of broad social policy but rather it must find facts and apply the law to those facts.

The majority's finding that the Residential Tenancies Board is exercising a judicial function required the court to apply the third branch of the *Re Residential Tenancies Act, 1979* test. Clarke C.J.N.S. noted that in adjudicating on the matters described in the unproclaimed legislation, the Board was not exercising powers that were subsidiary or ancillary to general administrative functions. It did not have administrative functions. Clarke C.J.N.S. found that adjudication that was judicial in nature was the core and central function of the Board. The Board determined rights and obligations of competing parties; it heard the *lis de novo*; and made its own determination on the facts and issues. The central function of the Board was to deal with a subject that by historical analysis was within the jurisdiction of s. 96 courts at the time of Confederation. He found that the powers

fiées au directeur, le juge en chef Clarke a statué que la personne mécontente d'une décision ou d'une ordonnance rendue par ce dernier peut interjeter appel à la commission de location résidentielle, qui tient une audition *de novo* au cours de laquelle les parties ont la possibilité de se faire entendre. Par conséquent, le juge en chef Clarke a estimé qu'il était difficile de conclure que prédominait une fonction judiciaire à la première étape du mécanisme de règlement des différends. Il a conclu que le directeur exerçait des fonctions de nature administrative et donc qu'il n'était pas nécessaire de poursuivre l'examen de la question. Il a jugé que le processus de nomination du directeur par la province et la délégation par ce dernier de pouvoirs à des fonctionnaires de la location résidentielle étaient constitutionnels.

Le juge en chef Clarke a ensuite examiné la procédure qu'appliquerait la commission de location résidentielle et statué que celle-ci aurait pour fonction principale et prédominante de rendre des décisions. Il a conclu que la commission est appelée à trancher des différends privés entre des parties. Elle n'est ni un médiateur ni un enquêteur, et elle n'est pas non plus habilitée à élaborer ou à mettre en œuvre un régime de politique sociale générale. Elle doit plutôt statuer sur des faits et leur appliquer le droit pertinent.

Ayant conclu que la commission de location résidentielle exerce des fonctions judiciaires, les juges de la majorité ont dû appliquer le troisième volet du critère énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Le juge en chef Clarke a fait remarquer qu'en se prononçant sur les questions prévues par la loi non proclamée, la commission n'exerce pas des pouvoirs complémentaires de fonctions administratives générales ou accessoires à de telles fonctions. Elle ne remplit pas de fonctions administratives. Le juge en chef Clarke a conclu que le pouvoir de la commission de rendre des décisions, pouvoir de nature judiciaire, est sa fonction fondamentale. La commission se prononce sur les droits et les obligations de parties opposées; elle entend l'affaire *de novo* et tire ses propres conclusions sur les faits et les questions en litige. La commission a pour fonc-

15

16

given could not be sustained as a necessary incident “to the achievement of a broader policy goal of the Legislature” (p. 158). The Board was designed to decide issues, almost all of which were legal, between competing parties in an impartial and evenhanded manner.

tion principale de statuer sur des questions portant sur un sujet qui, suivant l’analyse historique, relevait au moment de la Confédération de la compétence des cours visées à l’art. 96. Le juge a conclu que les pouvoirs conférés à la commission ne peuvent être maintenus comme étant un accessoire nécessaire [TRADUCTION] «à la réalisation des objectifs plus larges de la législature» (p. 158). La commission a été établie dans le but de trancher, entre des parties opposées, et ce d’une manière impartiale et équitable, des questions qui sont presque toutes de nature juridique.

17 Clarke C.J.N.S. found that the powers and functions of the Board could not survive the three *Re Residential Tenancies Act, 1979* tests. The proposed Board fell within the constitutional rules that prohibited delegation of the powers the provinces proposed to endow the Board with. However, Clarke C.J.N.S. was of the opinion that a Board presided over by persons of provincial appointment, other than s. 96 judges, would be competent to exercise these functions if there was a supervisory jurisdiction exercised by a s. 96 court of first instance and if the powers of appeal to the Court of Appeal were not limited to questions of law or jurisdiction. The majority therefore concluded that the powers purported to be conferred on the Director were *intra vires* while the powers purported to be conferred on the Residential Tenancies Board were *ultra vires*.

Le juge en chef Clarke a conclu que les pouvoirs et les fonctions de la commission ne pouvaient résister à l’application du critère à trois volets énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*. La commission envisagée tombe sous le coup des règles constitutionnelles interdisant la délégation des pouvoirs qu’on entend lui conférer. Toutefois, le juge en chef Clarke a dit être d’avis qu’une commission présidée par des personnes nommées par la province, mais qui ne sont pas des juges nommés en vertu de l’art. 96, serait compétente pour remplir les fonctions en question si une cour de première instance visée à l’art. 96 exerçait un pouvoir de surveillance à cet égard, et si le droit d’appel à la Cour d’appel ne se limitait pas aux questions de droit ou de compétence. Les juges de la majorité ont donc conclu que les pouvoirs confiés au directeur étaient constitutionnels tandis que ceux qu’on veut conférer à la commission de location résidentielle étaient inconstitutionnels.

The Dissent (Freeman J.A)

La dissidence (le juge Freeman)

18 Freeman J.A. stated that the jurisdiction which the unproclaimed provisions would remove from the Supreme Court has two aspects: a largely nominal supervisory jurisdiction, and a jurisdiction analogous in part to appellate jurisdiction in those cases when a party files a notice of objection. He characterized the jurisdiction as a whole as jurisdiction over the settlement of disputes between residential landlords and tenants. He determined that the unproclaimed amendments should be upheld on an historical analysis.

Le juge Freeman a pour sa part affirmé que la compétence dont la Cour suprême serait dépourvue par les dispositions non proclamées comporte deux volets: un pouvoir de surveillance largement symbolique, et une compétence en partie analogue à celle d’une juridiction d’appel dans les cas où une partie dépose un avis d’opposition. Il a qualifié l’ensemble de la compétence de compétence en matière de règlement des différends propriétaires et locataires résidentiels. Il a jugé que, à la lumière de l’analyse historique, la validité des modifications non proclamées devait être confirmée.

Applying that historical analysis, Freeman J.A. found that if the test in *Grondin, supra*, could be applied to Nova Scotia, the answer was apparent. In 1864 the Legislative Assembly of Nova Scotia enacted the *Halifax City Charter* that created a city court and gave it powers constitutionally indistinguishable from the powers of the Montreal Recorder's Court in *Grondin*. He also found that this enactment demonstrated that the pre-Confederation legislature "recognized that jurisdiction over lessor-lessee relations could be conferred on lower courts" (p. 173). He noted that these powers were concurrent with and analogous to the landlord-tenant jurisdiction of the Supreme Court. Therefore, it was more probable than not that the inferior courts of Nova Scotia enjoyed a jurisdiction that was broadly co-extensive with that of the Supreme Court in landlord-tenant matters.

As for Quebec, his Lordship stated that *Grondin* had established that the inferior courts of Quebec exercised a similar jurisdiction. For the present purposes, he accepted that the inferior courts in Ontario did not share such a jurisdiction, although he did not find the narrow characterization of the issue in *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*, conclusive of the question.

Freeman J.A. turned the historical lens to New Brunswick. He reviewed legislative provisions and concluded that the Inferior Courts of Common Pleas appeared to have been inferior courts in a s. 96 sense, although much of their jurisdiction was to be found in the District and County courts after Confederation. The jurisdiction of the inferior courts was greater in New Brunswick than in Nova Scotia because of the historical reluctance of Supreme Court judges to go on circuit. The Inferior Courts of Common Pleas were largely lay courts and answerable to the Supreme Court on writs of error. Since the Inferior Courts of Common Pleas were abolished and the jurisdiction transferred to the County Courts as of June 17, 1867, technically inferior court jurisdiction in

19
 Appliquant cette analyse historique, le juge Freeman a conclu que si le critère énoncé dans l'arrêt *Grondin*, précité, pouvait être appliqué à la Nouvelle-Écosse la réponse était évidente. En 1864, l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a édicté la *Halifax City Charter*, texte qui créait une cour municipale dotée de pouvoirs qui, sur le plan constitutionnel, ne se distinguaient pas de ceux de la Cour du recorder de Montréal dont il était question dans *Grondin*. Il a également statué que ce texte de loi préconfédératif démontrait que la législature [TRADUCTION] «reconnaissait que la compétence sur les rapports entre propriétaires et locataires pouvait être confiée à des tribunaux inférieurs» (p. 173). Il a signalé que ces pouvoirs étaient concurrents et analogues à la compétence dont disposait la Cour suprême en la matière. Il était donc probable que les tribunaux inférieurs de la Nouvelle-Écosse avaient une compétence généralement parallèle à celle de la Cour suprême sur les différends entre propriétaires et locataires.

20
 En ce qui concerne le Québec, le juge a affirmé que l'arrêt *Grondin* avait établi que les tribunaux inférieurs du Québec exerçaient une compétence similaire. Pour les fins de la présente affaire, il a convenu que les tribunaux inférieurs en Ontario ne partageaient pas une telle compétence, même s'il a estimé que la qualification étroite énoncée dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, n'avait pas tranché le débat.

21
 Le juge Freeman a ensuite fait l'analyse historique de la situation au Nouveau-Brunswick. Après avoir examiné les dispositions législatives, il a conclu que les cours inférieures des plaids communs paraissaient avoir été des tribunaux inférieurs en regard de l'art. 96, même si après la Confédération le gros de leur compétence soit passé aux cours de district et de comté. La compétence des tribunaux inférieurs en Nouveau-Brunswick était plus vaste qu'en Nouvelle-Écosse en raison de la réticence historique des juges de la Cour suprême de cette province à agir comme juges itinérants. Ces cours inférieures des plaids communs étaient dans la plupart des cas formées de non-juristes, et elles étaient responsables devant la Cour suprême par voie de brefs d'erreur. Comme

landlord and tenant matters was never exercised in New Brunswick after Confederation. Freeman J.A. found it significant that jurisdiction over landlord-tenant matters was identified not as a matter exclusively for superior courts in New Brunswick, but one which could be concurrently exercised by inferior courts.

les cours inférieures des plaid communs ont été abolies et que leur compétence a été transférée aux Cours de comté le 17 juin 1867, les tribunaux inférieurs n'ont donc en théorie jamais exercé de compétence sur les différends entre propriétaires et locataires au Nouveau-Brunswick après la Confédération. Le juge Freeman a jugé significatif le fait que la compétence sur les rapports entre propriétaires et locataires soit désignée non pas comme une question relevant exclusivement des tribunaux supérieurs au Nouveau-Brunswick, mais comme une compétence pouvant être exercée de façon concurrente par les tribunaux inférieurs.

22

Freeman J.A. moved to the question of the meaning of "analogous" legislation in the s. 96 context. His Lordship contrasted the functions of superior courts with those of inferior courts. Section 96 courts at the time of Confederation had broad judicial power, were presided over by professional judges who had been formally trained in the law and caseloads were geared to unique, difficult and complex matters. On the other hand, inferior courts in Nova Scotia and generally in the other confederating provinces as well as in England exercised limited statutory jurisdiction, were subject to supervision of the superior courts, were presided over by lay persons without formal legal training who were to resolve disputes by finding the facts and applying simple legal principles, and dealt with a high volume of repetitive matters of limited complexity.

Le juge Freeman s'est ensuite penché sur le sens de loi «analogue» dans le contexte de l'art. 96. Il a comparé les fonctions des tribunaux supérieurs à celles des tribunaux inférieurs. Au moment de la Confédération, les tribunaux créés en vertu de l'art. 96 jouissaient d'un vaste pouvoir judiciaire, et ils étaient présidés par des juges de profession ayant reçu une formation juridique formelle. De plus leurs rôles étaient constitués d'affaires portant sur des questions particulières et complexes. Par contre, en Nouvelle-Écosse et, de façon générale, tant dans les autres provinces formant la Confédération qu'en Angleterre, les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence d'origine législative restreinte, ils étaient assujettis au pouvoir de surveillance des cours supérieures, ils étaient présidés par des profanes sans formation juridique formelle, ils étaient appelés à résoudre des différends en tirant des conclusions de fait et en appliquant des principes juridiques simples, et, enfin, ces tribunaux examinaient un grand nombre d'affaires répétitives et peu complexes.

23

According to Freeman J.A., the residential tenancies boards described in the unproclaimed amendments are limited to a narrowly defined statutory jurisdiction subject to the right of appeal to the Court of Appeal. They are presided over by lay persons; they resolve disputes between landlords and tenants by adjudicating the facts and applying residential tenancy rules; and they are required to deal with a high volume of repetitive matters of limited complexity. Thus, Freeman J.A. found the jurisdiction of the residential tenancy boards was

Selon le juge Freeman, la commission de location résidentielle décrite dans les modifications non proclamées ne possède qu'une compétence d'origine législative étroitement délimitée, et il est possible d'interjeter appel de ses décisions à la Cour d'appel. Elle est présidée par des non-juristes et règle des différends entre propriétaires et locataires en jugeant des faits et en appliquant les règles régissant la location résidentielle. Enfin, elle est appelée à examiner un grand nombre d'affaires répétitives et peu complexes. En conséquence, le

broadly analogous to the jurisdiction of inferior courts at the time of Confederation, not to that of s. 96 courts. Freeman J.A. noted that while these considerations might be relevant to the institutional setting at the third stage of the test, he found that they also formed part of the historical analysis in determining whether the board exercised jurisdiction analogous to that of the s. 96 courts at Confederation. He held that the unproclaimed amendments could be found constitutional on this basis without proceeding to the second and third tests.

Freeman J.A. also found the *Grondin*, *supra*, case to be an insuperable barrier to a finding that the unproclaimed amendments were *ultra vires*. He found that it was the clearest possible statement of the Supreme Court of Canada that residential tenancies jurisdiction was not the exclusive preserve of s. 96 courts in Canada at the time of Confederation. It was no longer open, he argued, for courts to apply the historical yardstick and find that residential tenancies jurisdiction was exclusively reserved to the s. 96 courts in all four provinces at the time of Confederation. Although the national historical yardstick test of the four confederating provinces was not used in *Grondin*, it was correctly decided on the principles then prevailing. The Supreme Court was aware of *Grondin* in formulating the four-province yardstick in *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, and there was no suggestion that *Grondin* should not remain the law in residential tenancy matters. He held that the “necessary implication is that the Supreme Court of Canada excluded, and intended to exclude, residential tenancies jurisdiction from future four-province tests” (p. 185) because *Grondin* had already decided the question. Freeman J.A. found that even if he had not already determined that the provincial legislation must be upheld on other

juge Freeman a constaté que la compétence de la commission de location résidentielle est généralement analogue à celle que possédaient les tribunaux inférieurs au moment de la Confédération, plutôt qu’à celle des cours visées à l’art. 96. Même s’il a souligné que ces facteurs pourraient être pertinents dans l’examen du cadre institutionnel, à la troisième étape du critère, le juge Freeman a statué qu’ils font également partie de l’analyse historique visant à déterminer si la commission exerce des pouvoirs analogues à ceux que possédaient les cours visées à l’art. 96 au moment de la Confédération. Il a conclu que les modifications non proclamées pouvaient être jugées constitutionnelles sur ce fondement, sans qu’il soit nécessaire d’appliquer les deuxième et troisième volets du critère.

Le juge Freeman a également conclu que l’arrêt *Grondin*, précité, empêchait tout à fait de conclure à l’inconstitutionnalité des modifications non proclamées. Il a statué que la Cour suprême du Canada y avait énoncé de façon on ne peut plus claire que, au Canada, la compétence en matière de location résidentielle n’était pas, au moment de la Confédération, du ressort exclusif des cours visées à l’art. 96. D’affirmer le juge, il n’est désormais plus loisible aux tribunaux d’appliquer l’analyse historique et de conclure que cette compétence relevait exclusivement des cours visées à l’art. 96 dans les quatre provinces au moment de la Confédération. Bien que le critère fondé sur le contexte historique national dans les quatre provinces ayant formé la Confédération n’ait pas été utilisé dans *Grondin*, cet arrêt a été correctement décidé sur le fondement des principes qui s’appliquaient alors. La Cour suprême a tenu compte de l’arrêt *Grondin* lorsqu’elle a formulé l’étalon des quatre provinces dans *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, et elle n’a alors donné aucune indication que *Grondin* n’était plus le droit applicable en matière de location résidentielle. Le juge Freeman a conclu qu’[TRADUCTION] «il s’ensuit nécessairement que la Cour suprême du Canada a soustrait, et entendait soustraire, la compétence en matière de location résidentielle à de futures applications du critère des quatre provinces» (p. 185) parce que cette question avait déjà été tranchée dans l’arrêt *Grondin*. Il a dit être d’avis que, même s’il n’avait

grounds, applying *Grondin* meant that he would have been unable to escape that conclusion.

25

In the alternative, Freeman J.A. concluded that the legislation passed the third step of the *Re Residential Tenancies Act, 1979* test. He concurred with the conclusions of Clarke C.J.N.S., to the effect that the director was acting in an administrative and not a judicial capacity. He also agreed that the Board was acting judicially, in conducting a trial *de novo*. With regard to the third test the Nova Scotia legislature had reacted to the needs of persons in rented living accommodation and chose to codify the law of residential tenancies and to provide a simple, accessible and inexpensive procedure for settling disputes far removed from the manner in which s. 96 courts exercised their landlord-tenant jurisdiction at the time of Confederation. The boards were to dispense summary justice which was fact-oriented, streamlined and repetitive, in the manner of inferior courts at the time of Confederation. Consequently, Freeman J.A. concluded that the unproclaimed amendments are within the legislative competence of the province of Nova Scotia and do not offend the guaranteed jurisdiction of the s. 96 courts.

V. Analysis

(a) *The Purpose of Section 96*

26

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* is part of the judicature provisions (ss. 96 to 101) designed by the framers to ensure the independence of the judiciary. The federal power of appointment of superior court judges, constitutionally protected in s. 96, establishes "the primary and specially-entrenched place of the superior courts of the country in the function of interpreting and applying law" (W. R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139, at p. 1178). I described another funda-

pas déjà décidé que la validité de la loi provinciale devait être confirmée pour d'autres motifs, l'application de l'arrêt *Grondin* l'aurait immanquablement amené à cette conclusion.

Subsidiairement, le juge Freeman a conclu que la loi franchissait avec succès le troisième volet du critère énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Il a souscrit aux conclusions du juge en chef Clarke portant que le directeur exerçait des fonctions administratives et non judiciaires. Il a également convenu que la commission agissait judiciairement en tenant une audition *de novo*. En ce qui concerne le troisième volet du critère, la législature de la Nouvelle-Écosse a, pour tenir compte des besoins des personnes louant des habitations, choisi de codifier le droit relatif à la location résidentielle et d'établir une procédure simple, accessible et peu coûteuse de règlement des différends en la matière, très différente de la manière dont les cours visées à l'art. 96 exerçaient leur compétence sur les rapports entre propriétaires et locataires au moment de la Confédération. La commission est censée rendre justice sommairement, au moyen d'une procédure simplifiée et axée sur les faits, dans des affaires répétitives, à la manière des tribunaux inférieurs au moment de la Confédération. En conséquence, le juge Freeman a conclu que les modifications non proclamées relèvent de la compétence législative de la province de la Nouvelle-Écosse et ne portent pas atteinte à la compétence garantie aux cours visées à l'art. 96.

V. Analyse

a) *L'objet de l'art. 96*

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* fait partie des dispositions relatives au système judiciaire (art. 96 à 101), qui ont été conçues par les auteurs de ce texte afin de garantir l'indépendance de la magistrature. Le pouvoir du fédéral de nommer les juges des cours supérieures, protégé dans la Constitution par l'art. 96, établit [TRADUCTION] «le rôle fondamental et spécifiquement constitutionnalisés des cours supérieures du pays dans l'interprétation et l'application du droit» (W. R. Lederman, «The Independence of the Judiciary»

mental purpose of s. 96 in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at p. 264, in these words:

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. [Emphasis added.]

The “core” jurisdiction theory as it relates to the inherent jurisdiction of superior courts was further discussed and elaborated in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725.

Notwithstanding the importance of s. 96 in its institutional context (i.e. the protection of the independence and the “core” jurisdiction of superior courts), we have recognized that a constitution is a “living tree” which must be capable of accommodating new areas and new interests. Consequently, a flexible approach has been adopted in determining when judicial power may be transferred to inferior courts and tribunals. (See *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.); *Procureur Général de Québec c. Barreau de la Province de Québec*, [1965] S.C.R. 772; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, at p. 732; *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62, at pp. 112-13.)

Consistent with this flexible approach, this Court, on occasion, has expressed sympathy for the proposition that s. 96 should not be interpreted so as to thwart or unduly restrict the future growth of provincial administrative tribunals (*Re Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, at pp. 749-50). We

(1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139, à la p. 1178). Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, à la p. 264, j’ai décrit de la façon suivante un autre objectif fondamental de l’art. 96:

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. [Je souligne.]

La théorie de la compétence fondamentale a, pour ce qui concerne la compétence inhérente des cours supérieures, été analysée et explicitée davantage dans l’arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725.

Malgré l’importance de l’art. 96 du point de vue institutionnel (c’est-à-dire le fait qu’il protège l’indépendance et la compétence fondamentale des cours supérieures), nous avons reconnu qu’une constitution est comme un «arbre», et qu’elle doit être capable d’adaptation à de nouveaux domaines et à de nouveaux intérêts. Par conséquent, une démarche souple a été adoptée afin de déterminer dans quels cas des pouvoirs judiciaires peuvent être transférés à des tribunaux inférieurs et à des tribunaux administratifs. (Voir *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (C.P.); *Procureur Général de Québec c. Barreau de la Province de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 732; *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62, aux pp. 112 et 113.)

Conformément à cette démarche souple, notre Cour a, à l’occasion, indiqué qu’elle comprenait l’argument que l’art. 96 ne doit pas être interprété de façon à faire échec à la croissance que sont appelés à connaître les tribunaux administratifs provinciaux, ou de façon à restreindre indûment

have acknowledged that “[a]daptations must be permitted to allow the legislatures scope to deal effectively with emerging social problems and concerns, and to develop new techniques of dispute resolution and the expeditious disposition of relatively minor disputes” for the benefit of its citizenry (*Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at pp. 250-51 (*per* La Forest J.)). See too *Sobeys Stores*, *supra*, at pp. 253-54 (*per* Wilson J., for the majority). After all, the Constitution is a document for the people and one of the most important goals of any system of dispute resolution is to serve well those who make use of it. (See Professor R. Elliot, *Comment* (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 313, at p. 327.) For most civil matters, individual litigants are largely concerned with obtaining access to inexpensive and expedient adjudication.

29 The challenge for this Court is to balance these institutional and individual concerns while ensuring that s. 96 continues to play an important and meaningful role in Canadian society.

(b) *The Section 96 Jurisprudence*

30 In the seminal s. 96 case — *Re Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, at pp. 734-36 — Dickson J., as he then was, set out the factors which should be considered in assessing the constitutionality of a provincial grant of jurisdiction. Laskin C.J. conveniently summarized these factors in *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413, at p. 429:

1. Does the challenged power or jurisdiction broadly conform to the power or jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts at the time of Confederation?
2. Is the function of the provincial tribunal within its institutional setting a judicial function, considered from the point of view of the nature of the question

cette croissance. (*Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, aux pp. 749 et 750). Nous avons reconnu que «[d]es adaptations doivent être permises de façon à donner aux législatures la possibilité de faire face aux nouveaux problèmes et intérêts sociaux et de mettre au point de nouvelles techniques de solution des litiges et de règlement rapide des litiges relativement peu importants» pour le bénéfice de ses citoyens. (*Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, aux pp. 250 et 251 (le juge La Forest)). Voir également l'arrêt *Sobeys Stores*, précité, aux pp. 253 et 254 (le juge Wilson, pour la majorité). Après tout, la Constitution est un document fait pour le peuple, et l'un des objectifs les plus importants de tout mécanisme de règlement des différends est de bien servir ceux qui y ont recours. (Voir les propos du professeur R. Elliot, dans *Comment* (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 313, à la p. 327.) Règle générale, en matière civile, les particuliers plaideurs sont surtout intéressés à recourir à des mécanismes décisionnels rapides et peu coûteux.

La difficulté que doit surmonter notre Cour est de trouver un équilibre entre les considérations institutionnelles et les préoccupations des individus, tout en faisant en sorte que l'art. 96 continue de jouer un rôle important et utile dans la société canadienne.

b) *La jurisprudence relative à l'art. 96*

Dans l'arrêt charnière sur l'art. 96 — *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, aux pp. 734 à 736 — le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a énuméré les facteurs dont il faut tenir compte pour juger de la constitutionnalité d'une attribution de compétence par une province. Le juge en chef Laskin a fait un résumé commode de ces facteurs dans l'arrêt *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413, à la p. 429:

1. Est-ce que le pouvoir ou la compétence attaqué correspond généralement au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération?
2. La fonction du tribunal provincial dans son cadre institutionnel est-elle une fonction judiciaire, examinée du point de vue de la nature de la question que le

which the tribunal is called upon to decide or, to put it in other words, is the tribunal concerned with a private dispute which it is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules and in a manner consistent with fairness and impartiality?

3. If the power or jurisdiction of the provincial tribunal is exercised in a judicial manner, does its function as a whole in its entire institutional context violate s. 96?

These three steps of the *Re Residential Tenancies Act, 1979* case were applied in *Grondin, supra*, and were refined by this Court in *Sobeys Stores and Reference re Young Offenders Act, supra*. The s. 96 jurisprudence was most recently discussed in *MacMillan Bloedel*.

(c) *Is the Grant of Jurisdiction Permissible?*

The appellant and the Attorneys General of Manitoba, Ontario and Quebec argued that the grant of jurisdiction by the Nova Scotia legislature to the Residential Tenancies Board (and Director) is permissible because the jurisdiction over “disputes involving residential tenancies” is a novel jurisdiction and therefore not part of the jurisdiction reserved to s. 96 superior court judges. I am of the view that the appellant and interveners are correct. This appeal can therefore be disposed of by applying this Court’s decision in *Reference re Young Offenders Act*. I begin my analysis by characterizing the jurisdiction in question and finish with an assessment of whether that jurisdiction is a novel one.

(1) Characterization

The first step in analysing whether a grant of jurisdiction is constitutionally infirm is to properly characterize the jurisdiction in question. The importance of characterization was highlighted by Wilson J. in *Sobeys Stores*, at pp. 252-54, and in my judgment in *Reference re Young Offenders Act*, where I stated, at p. 266:

tribunal doit trancher ou, en d’autres mots, est-ce que le tribunal touche à un litige privé qu’il est appelé à trancher en appliquant un ensemble reconnu de règles d’une manière conforme à l’équité et à l’impartialité?

3. Si le pouvoir ou la compétence du tribunal provincial s’exerce d’une manière judiciaire, est-ce que sa fonction globale dans tout son contexte institutionnel enfreint l’art. 96?

Ces trois étapes énoncées dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle* ont été appliquées dans *Grondin*, précité, et précisées par notre Cour dans les arrêts *Sobeys Stores* et *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, précités. La jurisprudence relative à l’art. 96 a tout récemment été analysée dans l’arrêt *MacMillan Bloedel*.

c) *L’attribution de la compétence est-elle permise?*

L’appelant et les procureurs généraux du Manitoba, de l’Ontario et du Québec ont plaidé que l’attribution de la compétence par la législature de la Nouvelle-Écosse à la commission de location résidentielle (et au directeur) est permise parce que la compétence sur les «différends en matière de location résidentielle» est une compétence nouvelle qui ne fait en conséquence pas partie de la compétence réservée aux juges des cours supérieures visées à l’art. 96. À mon avis, l’appelant et les intervenants ont raison. On peut donc disposer du présent pourvoi en appliquant la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*. Je vais commencer mon analyse en qualifiant la compétence en cause, puis la compléter en décidant s’il s’agit d’une compétence nouvelle.

(1) Qualification

Pour déterminer si l’attribution d’une compétence est constitutionnellement invalide, il faut d’abord bien qualifier la compétence en cause. L’importance de la qualification a été soulignée par le juge Wilson dans l’arrêt *Sobeys Stores*, aux pp. 252 à 254, ainsi que dans mes motifs dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, où j’ai affirmé, à la p. 266:

31

32

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 as 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. [Emphasis added.]

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. [Je souligne.]

33

I am of the view that the impugned jurisdiction here is not adequately described by the characterization set out in the Ontario case, *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*. In that case, the impugned jurisdiction was not defined in terms of the subject matter of the dispute but instead narrowly characterized as jurisdiction over the remedies of compliance and eviction. This characterization resulted from the narrow terms of the reference, set by the Executive Council of Ontario, which were binding on the parties and this Court. The terms of the reference in the Ontario case were:

1. Is it within the legislative authority of the Legislative Assembly of Ontario to empower the Residential Tenancy Commission to make an order evicting a tenant as provided in *The Residential Tenancies Act, 1979*?
2. Is it within the legislative authority of the Legislative Assembly of Ontario as provided in *The Residential Tenancies Act, 1979* to empower the Residential Tenancy Commission to make orders requiring landlords and tenants to comply with obligations imposed under that Act? [Emphasis added.]

Indeed, Dickson J. began the judgment in the aforementioned case, at p. 720, reasons in which I concurred, with the caution that:

It should be noted that the Court is concerned in this appeal only with the constitutional validity of two powers, the subject matter of the reference, and not with the soundness of the overall legislative scheme or the wisdom of the Legislative Assembly in enacting it. The general subject matter of landlord and tenant rights and obligations is unquestionably within provincial legislative competence and no part of *The Residential Tenancies Act, 1979*, other than those sections empowering

Je suis d'avis que la qualification utilisée dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, affaire émanant de l'Ontario, ne décrit pas adéquatement la compétence contestée en l'espèce. En effet, dans cette affaire, la compétence contestée n'a pas été définie en fonction de l'objet des différends visés, mais on l'a plutôt qualifiée étroitement de pouvoir d'exiger le respect de la loi ou d'ordonner l'éviction. Cette qualification découlait des termes restrictifs dans lesquels avait été formulé le renvoi par le conseil exécutif de l'Ontario, lesquels liaient les parties et notre Cour. Le renvoi dans cette affaire avait été formulé ainsi:

1. L'Assemblée législative de l'Ontario a-t-elle compétence pour conférer à la Commission du logement le pouvoir d'ordonner l'éviction d'un locataire comme le prévoit la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*?
2. L'Assemblée législative de l'Ontario a-t-elle compétence pour conférer à la Commission du logement le pouvoir d'exiger que les propriétaires et les locataires se conforment aux obligations que leur impose la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, comme le prévoit cette Loi? [Je souligne.]

De fait, le juge Dickson, a, dès le début des motifs qu'il a rédigés dans l'affaire précitée et auxquels j'ai souscrit, fait la mise en garde suivante, à la p. 720:

Il faut souligner que la Cour ne s'intéresse qu'à la validité constitutionnelle de deux pouvoirs qui font l'objet du renvoi, et non au bien-fondé de tout l'ensemble législatif, ni à la sagesse de l'Assemblée législative qui l'a adopté. Le domaine général des droits et des obligations des propriétaires et des locataires est incontestablement de la compétence législative des provinces, et aucune disposition de la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, autre que les articles accordant à la Com-

the Commission to issue compliance and eviction orders, is in issue.

Therefore, this Court did not have the benefit of argument on the characterization issue. Moreover, of importance in that case, was the concession, in this Court, by the Attorney General of Ontario, who sought to uphold the legislation, that the powers of compliance and eviction given to the Ontario Residential Tenancy Commission were powers exercised by s. 96 courts in 1867. I am of the further view that the impugned jurisdiction is also not adequately described by the characterization in the Quebec case of *Grondin*. In that case, the jurisdiction was broadly defined as jurisdiction over lessor-lessee relations.

This case then marks the first time this Court has been asked to characterize jurisdiction under residential tenancy legislation in its entirety. Two characterizations of the jurisdiction of the Director and Residential Tenancies Board have been advanced by the parties. The appellant along with the Attorneys General of British Columbia, Manitoba, Ontario and Quebec argue that the jurisdiction should be characterized as “jurisdiction over residential tenancies; disputes between residential landlords and tenants”. On the other hand, the respondent argues that the jurisdiction should be characterized as determining “residential tenancies disputes, including the power to make orders for compliance, repair, compensation, termination and possession, and related matters”.

The problem with the characterization advanced by the respondent and the majority of the court below is that it runs afoul of the principles set out in *Sobeys Stores*. It limits the historical inquiry to remedies over which the superior court exercised jurisdiction at Confederation and ignores the purpose and subject matter of the legislation. Consequently, I agree with the appellant that the proper

mission le pouvoir d'évincer les locataires et d'exiger le respect de la Loi, n'est en jeu ici.

Par conséquent, notre Cour n'a pas pu profiter d'arguments sur la question de la qualification. Qui plus est, un élément important dans cette affaire a été la concession faite devant notre Cour par le procureur général de l'Ontario, qui demandait à notre Cour de confirmer la validité de la loi, que le pouvoir d'exiger le respect de la loi et d'ordonner l'éviction de locataires, conférés à la Commission du logement de l'Ontario, était, en 1867, exercé par les cours visées à l'art. 96. Je suis également d'avis que la compétence contestée n'est pas décrite adéquatement par la qualification donnée dans l'arrêt *Grondin*, pourvoi émanant du Québec. Dans cette dernière affaire, la compétence en litige a été définie de façon générale comme étant la compétence sur les rapports entre propriétaires et locataires.

Le présent pourvoi constitue le premier cas où notre Cour est appelée à qualifier l'ensemble des pouvoirs conférés par une loi sur la location résidentielle. Les parties ont proposé deux façons de qualifier la compétence du directeur et de la commission de location résidentielle. L'appelant, et avec lui les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de l'Ontario et du Québec, font valoir que la compétence en question devrait être qualifiée de [TRADUCTION] «compétence sur la location résidentielle et sur les différends entre propriétaires et locataires résidentiels». Pour sa part, l'intimé prétend que cette compétence devrait être qualifiée de pouvoir [TRADUCTION] «de trancher les différends en matière de location résidentielle, y compris celui de rendre des ordonnances concernant le respect du bail ou de la Loi, les réparations, les indemnités, la résiliation et la possession et d'autres questions connexes».

Le problème que soulève la qualification proposée par l'intimé et les juges de la majorité du tribunal inférieur est qu'elle va à l'encontre des principes énoncés dans l'arrêt *Sobeys Stores*. En effet, elle limite l'analyse historique aux réparations à l'égard desquelles le tribunal supérieur exerçait sa compétence au moment de la Confédération et fait abstraction du sujet de la loi et de son objet. En

characterization of the unproclaimed provisions is “jurisdiction over residential tenancies; disputes between residential landlords and tenants”. This characterization captures the “raison d’être” of the legislation. The *Residential Tenancies Act* of Nova Scotia is not meant to be a replica of landlord and tenant law. It sets up a complete and comprehensive code independent of landlord and tenant law which is specially designed for governing the residential tenancy relationship.

(2) Is the Jurisdiction a Novel One?

36

The concept of novelty is a common sense and logical principle that if a jurisdiction concerning a subject matter did not exist in 1867 then it is not a jurisdiction that our case law requires be exercised by a s. 96 superior court judge. Novelty was first applied by a majority of this Court in *Reference re Young Offenders Act* in the context of jurisdiction over young people charged with a criminal offence. However, the principle is a long standing one that was recognized by the Privy Council in *John East, supra*, at pp. 145-46, 150-51; by some judges of this Court (see *Brooks v. Pavlick*, [1964] S.C.R. 108, at p. 115, per Spence J.; *Re: B.C. Family Relations Act, supra*, at p. 96, per Estey J., and *Sobeys Stores, supra*, at pp. 282-89, per La Forest J.) and by lower courts (see *Asselin v. Industries Abex Ltée* (1985), 22 D.L.R. (4th) 212 (Que. C.A.), at p. 238, per L’Heureux-Dubé J.A. (as she then was)).

37

An assessment of novelty must begin with the oft-quoted question posed by Lord Simonds over 45 years ago in *John East, supra*, at pp. 150-51, in the context of labour relations:

It is legitimate, therefore, to ask whether, if trade unions had in 1867 been recognized by the law, if collective bargaining had then been the accepted postulate of industrial peace, if, in a word, the economic and social

conséquence, je suis d’accord avec l’appelant que les dispositions non proclamées doivent être qualifiées de «compétence sur la location résidentielle et sur les différends entre propriétaires et locataires résidentiels.» Cette qualification traduit bien la «raison d’être» des mesures législatives. La *Residential Tenancies Act* de la Nouvelle-Écosse n’est pas censée reproduire le droit relatif aux rapports entre propriétaires et locataires, elle établit plutôt un code complet, indépendant de ces règles de droit et spécialement conçu pour régir la location résidentielle.

(2) S’agit-il d’une compétence nouvelle?

Le concept de nouveauté est un principe fondé sur le bon sens et la logique et selon lequel, dans les cas où une compétence sur un domaine n’existait pas en 1867, il ne s’agit alors pas d’une compétence qui, suivant notre jurisprudence, doit être exercée par un juge d’une cour supérieure visée à l’art. 96. La notion de nouveauté a été appliquée pour la première fois par les juges de la majorité de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, dans le contexte de la compétence à l’égard des adolescents inculpés d’une infraction criminelle. Cependant, il s’agit d’un principe de longue date, qui a été reconnu par le Conseil privé dans l’arrêt *John East*, précité, aux pp. 145, 146, 150 et 151; par certains juges de notre Cour (voir *Brooks c. Pavlick*, [1964] R.C.S. 108, à la p. 115, le juge Spence; *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, précité, à la p. 96, le juge Estey, et *Sobeys Stores*, précité, aux pp. 282 à 289, le juge La Forest), et par des juridictions inférieures (voir *Asselin c. Industries Abex Ltée* (1985), 22 D.L.R. (4th) 212 (C.A. Qué.), à la p. 238, le juge L’Heureux-Dubé (maintenant juge de notre Cour)).

En commençant l’examen de la question de la nouveauté, il faut se poser la question, souvent citée, qu’a formulée lord Simonds il y a de cela plus de 45 ans dans l’arrêt *John East*, précité, aux pp. 150 et 151, dans une affaire de relations de travail:

[TRADUCTION] Il est légitime, par conséquent, de se demander si les syndicats avaient en 1867 été reconnus par la loi, si la négociation collective avait constitué le postulat reconnu de la paix industrielle, si, en un mot,

outlook had been the same in 1867 as it became in 1944, it would not have been expedient to establish just such a specialized tribunal as is provided by s. 4 of the Act.

To answer Lord Simonds' question, it is necessary to consider this Court's decision in the *Reference re Young Offenders Act*. In that case, I held that what made prosecutions under the *Young Offenders Act* a novel jurisdiction were the following characteristics: (i) the Act was a response to a new interest and approach of society to the criminality and illegal conduct of its younger members; (ii) it is legislation distinct from the *Criminal Code* because it is based on the diminished responsibility associated with young offenders; and (iii) as a matter of social policy, young offenders should be separately treated with rehabilitation as the paramount goal of sentencing. From my analysis in that case along with Lord Simonds' analysis in *John East*, I am of the view that one can establish the following test to assist in determining whether a jurisdiction is novel:

- (i) is the legislation an attempt to respond to a new societal interest and approach regarding the subject matter of the legislation?
- (ii) is the legislation based on principles of law that make it distinct from similar legislation?
- (iii) is there an identifiable social policy that is different from the policy goals of analogous legislation?

Applying this Court's decision in *Reference re Young Offenders Act*, I find that "residential tenancies disputes" is a novel jurisdiction for the following reasons.

(i) *New Interest*

As Dickson J. recognized in *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*, at p. 718, there is no question that the law of landlord and tenant is not novel. As early as 1587 Lord Coke observed that

l'optique économique et sociale avait été la même en 1867 que ce qu'elle est devenue en 1944, il n'aurait pas été opportun de créer effectivement un tribunal spécialisé comme celui que prévoit l'art. 4 de la Loi.

Pour répondre à la question de lord Simonds, il faut nécessairement examiner la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*. Dans cette affaire, j'ai statué que la *Loi sur les jeunes contrevenants* créait une compétence nouvelle pour les raisons suivantes: (i) la Loi était le fruit 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; (ii) elle se distingue du *Code criminel* en ce qu'elle repose sur la responsabilité moindre qui est imputée aux jeunes contrevenants; et, (iii) sur le plan de la politique sociale, il convient de traiter séparément les jeunes contrevenants en faisant de leur réadaptation la considération prédominante au moment de la détermination de la peine. Vu l'analyse que j'ai faite dans cette affaire et celle de lord Simonds dans *John East*, je suis d'avis qu'il est possible d'établir le critère suivant en vue d'aider à déterminer si une compétence est nouvelle:

- (i) La loi vise-t-elle à répondre à un intérêt nouveau de la société pour le sujet de la loi et à une conception nouvelle à cet égard?
- (ii) La loi est-elle fondée sur des principes de droit qui la distinguent de lois similaires?
- (iii) La compétence se caractérise-t-elle par une politique sociale identifiable, distincte des objectifs de politique générale visés par les lois analogues?

Après avoir appliqué la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, je conclus que les «différends en matière de location résidentielle» sont une compétence nouvelle et ce pour les motifs suivants.

(i) *Intérêt nouveau*

Comme l'a reconnu le juge Dickson dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 718, il ne fait aucun doute que le droit relatif aux rapports entre propriétaires

38

39

40

the law of landlord and tenant was vital since “for the most part, every man is a lessor or a lessee” (*Walker’s Case* (1587), 3 Co. Rep. 22a., 76 E.R. 676, at p. 680). This is precisely why in *Grondin*, where the impugned jurisdiction concerned disputes between lessors and lessees, the novelty argument did not arise.

41 However, the concept of a residential tenancy is largely a phenomenon of modern and urban society. The appellant highlights that:

The middle of the 19th Century has been nostalgically described as Nova Scotia’s prosperous “golden era” of “wood, wind and water”. The colony’s economy was resource-based, and its population predominantly rural. Not until after 1867 would dramatic industrial growth in the closing decades of the 19th Century transform towns like Sydney, New Glasgow and Amherst into important urban-industrial centres.

(See L. J. Burpee, “The Golden Age of Nova Scotia” (1929), 36 *Queen’s Q.* 380; K. E. Inwood “Maritime Industrialization from 1870 to 1910: A Review of the Evidence and Its Interpretation”, *Acadiensis*, XXI, 1 (Autumn 1991), p. 132; T. W. Acheson, “The National Policy and the Industrialization of the Maritimes, 1880-1910”, *Acadiensis*, I, 2 (Spring 1972), p. 3.)

42 So too the Alberta Institute of Law Research and Reform recognized the link between the growth of residential tenancies and the development of urban society. It found that “[a]ny attempt to define ‘residential tenancy’ is difficult. If one could define ‘tenancy’, one would still be faced with the problem of defining ‘residential’, which really involves an attempt to exclude ‘commercial’ and ‘agricultural’” (*Residential Tenancies* (Report No. 22, 1977), at p. 10).

43 The statistics relied on by the appellant further demonstrate that residential tenancies was largely

et locataires n’est pas nouveau. En effet, dès 1587, lord Cooke avait signalé que ce domaine du droit était capital puisque [TRADUCTION] «dans la plupart des cas, tout homme est bailleur ou locataire» (*Walker’s Case* (1587), 3 Co. Rep. 22a., 76 E.R. 676, à la p. 680). Voilà précisément pourquoi, dans l’arrêt *Grondin*, où la compétence contestée portait sur les différends entre propriétaires et locataires, la question de la nouveauté ne s’est pas posée.

Cependant, le concept de location résidentielle est, dans une large mesure, un phénomène propre aux sociétés urbaines modernes. L’appelant le souligne d’ailleurs dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le milieu du XIX^e siècle a été décrit avec nostalgie comme ayant été, en Nouvelle-Écosse, l’«âge d’or» du «bois, de la voile et de la mer». L’économie de la colonie reposait sur l’exploitation des ressources, et la population était majoritairement rurale. Ce n’est qu’en 1867 que la croissance industrielle prodigieuse survenue au cours des dernières décennies du XIX^e siècle a fait de villes comme Sydney, New Glasgow et Amherst d’importants centres industriels urbains.

(Voir L. J. Burpee, «The Golden Age of Nova Scotia» (1929), 36 *Queen’s Q.* 380; K. E. Inwood «Maritime Industrialization from 1870 to 1910: A Review of the Evidence and Its Interpretation», *Acadiensis*, XXI, 1 (automne 1991), p. 132; T. W. Acheson, «The National Policy and the Industrialization of the Maritimes, 1880-1910», *Acadiensis*, I, 2 (printemps 1972), p. 3.)

L’Alberta Institute of Law Research and Reform a lui aussi reconnu le lien entre l’accroissement de la location résidentielle et l’émergence de sociétés urbaines. De conclure l’Institute, [TRADUCTION] «[t]oute tentative de définition de la «location résidentielle» est semée d’embûches, car même si on pouvait définir «location», resterait le problème de définir le terme «résidentielle», dont l’utilisation vise en fait à exclure les baux «commerciaux» et «agricoles»» (*Residential Tenancies* (rapport n° 22, 1977) à la p. 10).

Les statistiques invoquées par l’appelant révèlent à leur tour que la location résidentielle était un

an unknown subject matter at the time of Confederation in Nova Scotia:

- (1) In 1851 only 10% of Maritimers lived in urban communities whereas in 1891 only 17% of Nova Scotia's inhabitants lived in urban communities. The modern day statistics show a clear trend towards urbanization so that in 1966, 58% of Nova Scotia residents lived in cities with 53.5% in 1991;
- (2) In 1871, the only Census information concerning tenancies related to "Occupiers of Lands" (farmers). In Nova Scotia, a total of 43,830 individuals were recorded as owning their lands with only 2,314 (5%) recorded as tenants;
- (3) In 1921 there were 39,741 rented dwellings in the province. In percentage terms, in 1921, 34% of Nova Scotians rented their premises (19% in rural areas and 54% in urban areas). In 1991, the number of rented premises tripled to 94,165.

(See Canada, Census (1871), vol. 1, Table I, p. 82 and vol. 3, Table XXI, p. 100; "Population in the Canadas and the Maritimes to 1851", *Historical Atlas of Canada*, vol. II, *The Land Transformed 1800-1891*, 1993; Canada, Census (1911), vol. I, Areas and Population, Table V, p. 522; Canada, Census (1921), vol. I, Population, Table 18, p. 345; Canada, Census (1991), "Urban Areas", Table 3, p. 62; Canada, Census (1991) "Profile of Urban and Rural Areas", Part A, Table 1, pp. 6, 42; Canada, Census (1991) "Dwellings and Households", Table 5, pp. 41, 44.)

As a policy matter, provinces did not begin studying residential tenancy matters until after 1960 (see the Ontario Law Reform Commission, *Interim Report on Landlord and Tenant Law Applicable to Residential Tenancies* (1968); the Law Reform Commission of British Columbia, *Landlord and*

phénomène très peu répandu en Nouvelle-Écosse au moment de la Confédération:

- (1) En 1851, seulement 10 p. 100 des habitants des Maritimes vivaient dans des communautés urbaines, et en 1891 seulement 17 p. 100 des habitants de la Nouvelle-Écosse vivaient dans de telles agglomérations. Les statistiques plus récentes révèlent une tendance marquée vers l'urbanisation. En 1966, 58 p. 100 des habitants de la Nouvelle-Écosse vivaient dans des villes, et en 1991 ce chiffre s'élevait à 53,5 p. 100.
- (2) En 1871, les seules données du recensement qui portaient sur la location se rapportaient aux «occupants de terres» (fermiers). En Nouvelle-Écosse, un total de 43 830 personnes sont inscrites comme propriétaires de leurs terres et seulement 2 314 (5 p. 100) sont inscrites comme locataires.
- (3) En 1921, il y avait 39 741 habitations louées dans la province. En 1921, 34 p. 100 des habitants de la Nouvelle-Écosse louaient leur habitation (19 p. 100 en régions rurales et 54 p. 100 en régions urbaines). En 1991, le nombre d'habitations louées avait triplé et atteignait 94 165.

(Voir Canada, Recensement de 1871, vol. 1, tableau I, p. 83 et vol. 3, tableau XXI, p. 101; «La population des deux Canadas et des Maritimes jusqu'en 1851» *Atlas historique du Canada*, vol. II, *La transformation du territoire 1800-1891*, 1993; Canada, Recensement de 1911, vol. I, Superficies et population, tableau V, p. 522; Canada, Recensement de 1921, vol. I, Population, tableau 18, p. 345; Canada, Recensement de 1991, «Régions urbaines», tableau 3, p. 62; Canada, Recensement de 1991, «Profil des régions urbaines et rurales», partie A, tableau 1, pp. 6 et 42; Canada, Recensement de 1991, «Logements et ménages», tableau 5, pp. 41 et 44.)

Comme les provinces n'ont entrepris l'étude des questions de location résidentielle sous l'angle des politiques qu'en 1960 (voir la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Interim Report on Landlord and Tenant Law Applicable to Residential Tenancies* (1968); la Law Reform Commission

Tenant Relationships: Residential Tenancies (Project No. 12, 1973); and the Alberta Institute of Law Research and Reform, *supra*, and consequently provincial legislation concerning residential tenancies as a distinct aspect of the landlord and tenant relationship did not emerge until after 1970.

de la Colombie-Britannique, *Landlord and Tenant Relationships: Residential Tenancies* (projet n° 12, 1973); et l'Alberta Institute of Law Research and Reform, *op. cit.*, des lois provinciales sur la location résidentielle en tant qu'aspect distinct des rapports entre propriétaires et locataires n'ont commencé à être édictées que dans les années 1970.

45 As a subject matter, one is hard pressed to find in landlord and tenant treatises any substantive treatment of residential tenancies until 1970. (For example, see *Williams' Canadian Law of Landlord and Tenant* (4th ed. 1973) and *Woodfall's Law of Landlord and Tenant* (28th ed. 1978).) It also appears that few residential tenancy matters found their way into our courts prior to 1970. According to Donald Lamont, writing in 1970 about that part of the Ontario Landlord and Tenant Act concerning residential tenancies, "[a]s for judicial interpretation in this province there have been in the last ten years less than ten reported decisions concerning residential accommodation" (see *The Landlord and Tenant Act Part IV* (1970), Preface).

Avant 1970, il est difficile de trouver, dans les ouvrages sur les rapports entre propriétaires et locataires, quelque examen au fond, en tant que sujet distinct, de la location résidentielle. (Par exemple, voir *Williams' Canadian Law of Landlord and Tenant* (4^e éd. 1973) et *Woodfall's Law of Landlord and Tenant* (28^e éd. 1978).) Il appert également que peu de litiges en matière de location résidentielle ont été soumis à nos tribunaux avant 1970. Selon Donald Lamont, dans un texte qu'il a écrit en 1970 sur la partie de la Landlord and Tenant Act de l'Ontario qui concernait la location résidentielle, [TRADUCTION] «pour ce qui est de l'interprétation de cette question par les tribunaux dans la province, il y a eu, au cours des dix dernières années, moins de dix décisions publiées concernant des locaux résidentiels», (voir *The Landlord and Tenant Act Part IV* (1970), préface).

46 As the appellant points out in his factum "[i]n this social context, it is not surprising that in 1867, neither the common law nor the legislature singled out residential tenancies as a particular legal jurisdiction. But by the late 1960's, times had changed. Many more people were renting their accommodations, and the governing laws were considered unfair". Moreover, while "[p]ossession of the land for the growing of crops or the raising of cattle was the main interest of the tenant" in earlier times, "[t]he main interest of the residential tenant today is comfortable living quarters" (see Alberta Institute of Law Research and Reform, *supra*, at p. 4). Consequently, as noted earlier, the provincial legislatures responded by enacting comprehensive legislation to govern residential landlord/tenant relations. As in the case of the *Young Offenders Act*, the Nova Scotia government responded by creating a "detailed legislative code" containing "newly enunciated rights and obligations" to

Comme le souligne l'appelant dans son mémoire, [TRADUCTION] «[d]ans ce contexte social, il n'est guère surprenant que, en 1867, ni la common law ni la législature n'aient considéré la location résidentielle comme un champ de compétence particulier en droit. Toutefois, à la fin des années 1960, les temps avaient changé. Un nombre beaucoup plus élevé de personnes louaient leur habitation, et les lois en vigueur étaient jugées injustes». Qui plus est, alors que, en des temps plus anciens, [TRADUCTION] «[l]e locataire était principalement intéressé à posséder un bien-fonds pour y pratiquer la culture ou l'élevage», «[a]ujourd'hui, le locataire résidentiel est principalement intéressé à jouir d'un logement confortable» (voir Alberta Institute of Law Research and Reform, *op. cit.*, à la p. 4). En conséquence, comme il a été souligné précédemment, les assemblées législatives provinciales ont répondu à ce besoin en édictant des lois exhaustives régissant

address new social concerns. In the words of Freeman J.A., in the court below (at pp. 186-87):

... the province, reacting to the growing needs of people in rented living accommodation, has chosen to codify the law of residential tenancies and to provide a simple, accessible and inexpensive procedure for settling disputes between landlords and tenants far removed from the manner in which s. 96 courts exercised their landlord-tenant jurisdiction at the time of Confederation.

In 1867, while there were no doubt some residential tenancy disputes, there was no jurisdiction over them in the manner contemplated by the contemporary Nova Scotia legislature. Instead, they were treated as part of landlord/tenant disputes. Similarly, there is no doubt that in 1867, young people charged with offences came before the criminal courts. That, however, was not the issue in the *Young Offenders* case but rather whether at 1867 there had existed a jurisdiction over young people charged with criminal offences in the manner contemplated by Parliament in enacting the *Young Offenders Act*. Similarly, the purpose of the Nova Scotia statute — to provide a complete and comprehensive code to govern residential tenancies — “would have sounded strange to the ears of the legislature of 1867” (*John East, supra*, at p. 146).

(ii) *Distinct Legislation*

As the Attorney General of Manitoba persuasively argues in her factum, the law in this country relating to residential tenancies has passed through three basic stages. In the first stage, “no distinction was drawn between the law relating to residential

les rapports entre propriétaires et locataires résidentiels. Tout comme dans le cas de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a réagi en élaborant un [TRADUCTION] «code législatif détaillé», faisant état de «droits et d’obligations récemment énoncés» pour tenir compte de nouvelles préoccupations sociales. Pour reprendre les propos du juge Freeman de la juridiction inférieure (aux pp. 186 et 187):

[TRADUCTION] ... en réaction aux besoins croissants des citoyens vivant dans des habitations louées, la province a choisi de codifier le droit en matière de location résidentielle et d’établir une procédure simple, accessible et peu coûteuse de règlement des différends entre propriétaires et locataires, très différente de la manière dont les cours visées à l’art. 96 exerçaient leur compétence sur les rapports entre propriétaires et locataires au moment de la Confédération.

En 1867, même s’il survenait certainement des différends en matière de location résidentielle, il n’existait à l’égard de ces différends aucune compétence du type de celle envisagée par la législation actuelle de la Nouvelle-Écosse. Ces différends étaient plutôt traités comme des différends en matière de location immobilière. De même, il ne fait aucun doute qu’en 1867 les adolescents inculpés d’infractions étaient jugés par les cours de juridiction criminelle. Il ne s’agissait pas là toutefois de la question en litige dans l’affaire de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui soulevait plutôt la question de savoir si, en 1867, il existait à l’égard des adolescents accusés d’infractions criminelles une compétence du type de celle envisagée par le Parlement lorsqu’il a édicté la *Loi sur les jeunes contrevenants*. De même, l’objet de la loi de la Nouvelle-Écosse — c’est-à-dire l’établissement d’un code exhaustif régissant la location résidentielle — [TRADUCTION] «aurait paru étrange aux membres de la législature en 1867» (*John East, précité*, à la p. 146).

(ii) *Loi distincte*

Comme le plaide de façon convaincante le procureur général du Manitoba dans son mémoire, le droit régissant la location résidentielle a traversé trois phases fondamentales au Canada. Durant la première, [TRADUCTION] «aucune distinction

47

48

tenancies and that applicable to industrial and commercial tenancies or even lands leased for agricultural purposes. The single most important feature of the law in this stage was the existence of the leasehold "estate" of the tenant. Under this system, the rights of the parties were determined according to rigid land law principles rather than in accordance with common law developments in contracts and tort". The Ontario Law Reform Commission, *supra*, described this first stage in the following passage (at p. 10):

The common law of landlord and tenant, over the centuries, has not developed any legal philosophy based on a theory of vital interests. The single most important feature of landlord and tenant law is the existence of the leasehold "estate" of the tenant. The vesting of the estate in the tenant underlies the rather fixed nature of the law and has caused courts to determine the rights of tenants according to rigid land law principles rather than in accordance with the more realistic development of contract and tort law which would likely apply in the absence of the estate theory.

(See too the Alberta Institute of Law Research and Reform, *supra*, at pp. 4-6.)

49

The second stage, beginning in the 1970s, "represented a clear policy choice on the part of the Legislature to place the relationship between landlord and tenant on a purely contractual basis, and move away from the notion that, with respect to residential tenancies, the tenant has a leasehold estate conferring an interest in land" (Law Reform Commission of British Columbia, *supra*, at p. 95). The purpose behind the change was to promote "security of tenure and quiet enjoyment by tenants" (*Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577 (B.C.C.A.), at p. 590). As Professor MacNeil in "Property in the Welfare State" (1983), 7 *Dalhousie L.J.* 343, at p. 355, notes, "[t]he legal rules regulating the landlord-tenant relationship in Canada were founded upon English common law conceptions of rights in land", and this approach was "no longer suitable to either the

n'était faite entre le droit relatif à la location résidentielle et celui régissant la location industrielle et commerciale ou même la location de terres à des fins agricoles. La caractéristique la plus importante de ce droit était l'existence du «domaine» à bail du locataire. Sous ce régime, les droits des parties étaient établis suivant des principes de droit foncier rigides plutôt qu'en fonction de l'évolution des règles de common law régissant les contrats et la responsabilité civile délictuelle». La Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, a décrit cette première phase dans le passage suivant (à la p. 10):

[TRADUCTION] Au fil des siècles, il ne s'est dégagé des règles de la common law régissant les rapports entre propriétaires et locataires aucune philosophie de droit fondée sur une théorie des intérêts vitaux. La plus importante caractéristique du droit relatif à la location immobilière est l'existence du «domaine» à bail du locataire. La dévolution du domaine au locataire sous-tend la nature plutôt permanente du droit et a amené les tribunaux à déterminer les droits des locataires suivant des principes de droit foncier rigides plutôt qu'en fonction de l'évolution plus réaliste des règles du droit des contrats et de la responsabilité civile qui s'appliqueraient vraisemblablement en l'absence de la théorie des domaines.

(Voir également l'Alberta Institute of Law Research and Reform, *op. cit.*, aux pp. 4 à 6.)

La seconde phase, qui a débuté au cours des années 1970, [TRADUCTION] «a constitué un choix politique manifeste de la législature de placer les rapports en matière de location immobilière dans un contexte purement contractuel, et de s'éloigner de la notion voulant que, en matière de location résidentielle, le locataire possède un domaine à bail lui conférant un intérêt foncier» (Law Reform Commission of British Columbia, *op. cit.*, à la p. 95). Ce changement avait pour but de favoriser [TRADUCTION] «le droit des locataires au maintien dans les lieux et à la jouissance paisible de ceux-ci» (*Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577 (C.A.C.-B.), à la p. 590). Comme le souligne le professeur MacNeil dans «Property in the Welfare State» (1983), 7 *Dalhousie L.J.* 343, à la p. 355, [TRADUCTION] «[I]es règles de droit régissant les rapports en matière de location immobili-

commercial realities or the social and economic aspects of urban living”.

This second stage was recognized by this Court in *Pajelle Investments Ltd. v. Herbold*, [1976] 2 S.C.R. 520, at p. 527, where Spence J. quoted with approval the following passage from the Ontario Court of Appeal:

The recent amendments to *The Landlord and Tenant Act* have brought about substantial changes in the relations between landlord and tenant . . . The legislation reflects the effort on the part of legislators to govern and control the standard of social behaviour of inhabitants of large modern multiple housing units not only towards their lessors but also towards each other with a view to promoting peace and tranquility from a social as well as from an environmental standpoint.

The third stage “represented a shift towards the policy view that the law respecting residential tenancies should be neither leasehold nor contractual but rather should involve a distinct, comprehensive statutory code governing the residential tenancies relationship” (Factum of the Attorney General of Manitoba, at p. 12). This concept of a comprehensive code which is imposed independently of any contractual arrangement is reflected in s. 3 of the Nova Scotia statute, the *Residential Tenancies Act*:

Application of Act

3 (1) Notwithstanding any agreement, declaration, waiver or statement to the contrary, this Act applies when the relation of landlord and tenant exists between a person and an individual in respect of residential premises.

The Nova Scotia legislation requires every landlord to furnish his tenants with a copy of the Act (s. 7(1)). Furthermore, there are four pages of statutory conditions to govern every residential tenancy relationship, along with a standard form lease. These statutory conditions cover a wide variety of subjects including powers of entry, services,

lière au Canada reposaient sur des concepts de droit foncier de la common law anglaise», et cette vision des choses ne «correspondait plus aux réalités du commerce et aux aspects socio-économiques de la vie urbaine».

L’existence de cette seconde phase a été reconnue par notre Cour dans l’arrêt *Pajelle Investments Ltd. c. Herbold*, [1976] 2 R.C.S. 520, à la p. 527, où le juge Spence a dit être d’accord avec le passage suivant de la décision de la Cour d’appel de l’Ontario:

[TRADUCTION] Les récentes modifications apportées au *Landlord and Tenant Act* ont changé de façon substantielle les relations entre propriétaire et locataire [. . .] La Loi reflète l’intention du législateur de diriger et de contrôler le comportement social des occupants des grands immeubles modernes d’habitation non seulement envers le bailleur, mais aussi les uns envers les autres dans le but de créer un climat de paix et de tranquillité tant au point de vue social qu’au point de vue de l’environnement.

La troisième phase [TRADUCTION] «a constitué un changement d’orientation en faveur du principe que le droit régissant la location résidentielle ne devrait relever ni de la tenure à bail ni des contrats, mais plutôt faire l’objet d’un ensemble de mesures législatives distinctes et exhaustives régissant les rapports en la matière» (Mémoire du procureur général du Manitoba, à la p. 12). Cette idée de code exhaustif, d’application obligatoire indépendamment de toute entente contractuelle, ressort de l’art. 3 de la loi de la Nouvelle-Écosse, la *Residential Tenancies Act*:

[TRADUCTION] Application de la Loi

3 (1) Par dérogation à toute entente, déclaration, renonciation ou mention à l’effet contraire, la présente loi s’applique lorsqu’il existe, entre une personne et un particulier, des rapports de propriétaire et de locataire à l’égard d’un logement.

Aux termes de la Loi de la Nouvelle-Écosse, le propriétaire est tenu de fournir à ses locataires un exemplaire de la Loi (par. 7(1)). En outre, la Loi compte quatre pages de conditions régissant tous les rapports entre propriétaires et locataires, ainsi qu’un bail type. Ces conditions de nature législative portent sur une vaste gamme de sujets, notam-

a good behaviour clause, obligations of the tenant, subletting, abandonment and so forth.

52

Like the *Young Offenders Act*, the Nova Scotia *Residential Tenancies Act* has carved out a distinct branch of landlord-tenant law and developed a complete code to govern the residential tenancy relationship. The relationship is no longer based on either land law or the law of contract and tort. As La Forest J. stated in *Sobeys Stores, supra*, concurring in the result, at p. 283 arguing that unjust dismissal in the context of labour law was a novel jurisdiction, “[t]he underlying social and economic philosophy of this legislation could not be in sharper contrast to that which existed at Confederation”. To paraphrase Lord Simonds in *John East, supra*, at p. 150, it is in light of this new conception of residential tenancies that the question to be determined must be viewed and it finds no analogy in those issues which were familiar to the courts of 1867.

(iii) *Social Policy*

53

As the appellant and interveners pointed out, in this case, the broad and distinct social policy goals of the legislature can be said to be the creation of a comprehensive regulatory scheme to deal with residential tenancies inexpensively and expeditiously. It is aimed, at least in part, at addressing a perceived imbalance in the residential landlord and tenant relationship: *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*, at p. 718. The residential tenancy scheme under consideration here establishes the statutory rules which are to govern every aspect of the residential landlord and tenant relationship and contemplates resolution of disputes through mechanisms of investigation, mediation, and ultimately adjudication where that becomes necessary. The

ment le pouvoir d’entrer dans les lieux, les services, une clause de bonne conduite, les obligations du locataire, la sous-location, l’abandon et ainsi de suite.

Tout comme cela s’est produit dans le cas de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, la *Residential Tenancies Act* de la Nouvelle-Écosse a établi une branche particulière du droit relatif aux rapports en matière de location immobilière ainsi qu’un code complet régissant la location résidentielle. Ces rapports ne reposent plus sur le droit foncier ou sur celui des contrats et de la responsabilité civile délictuelle. Ainsi que l’a déclaré le juge La Forest, à la p. 283 de l’arrêt *Sobeys Stores*, précité, dans des motifs concourants quant au résultat, où il affirmait que le congédiement injuste dans le domaine des relations de travail était une compétence nouvelle, «[I]es principes de philosophie économique et sociale qui sous-tendent ces dispositions pourraient difficilement s’éloigner davantage de ceux qui prévalaient au moment de la Confédération». Pour paraphraser les propos de lord Simonds dans l’arrêt *John East*, précité, à la p. 150, c’est à la lumière de cette nouvelle conception de la location résidentielle qu’il faut envisager la question à trancher, qui ne présente aucune analogie avec celles avec lesquelles les tribunaux étaient familiers en 1867.

(iii) *Politique sociale*

Comme l’ont souligné l’appelant et les intervenants en l’espèce, il est possible d’affirmer que les objectifs généraux et distincts de la législature en matière de la politique sociale visent la mise sur pied d’un régime réglementaire exhaustif permettant de régler de façon rapide et peu coûteuse les questions de location résidentielle. Ils visent, à tout le moins en partie, à corriger une impression de déséquilibre dans les rapports entre propriétaires et locataires résidentiels: *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 718. Le régime de location résidentielle examiné dans le présent pourvoi établit les règles de droit devant régir tous les aspects des rapports entre propriétaires et locataires résidentiels, en plus de pourvoir au règlement des différends au moyen de mécanismes d’enquête, de médiation et ultime-

observations of La Forest J. in *Sobeys Stores*, at p. 283, are particularly apposite:

The underlying social and economic philosophy of this legislation could not be in sharper contrast to that which existed at Confederation. At that time, the philosophy of laissez-faire was at its zenith. This was reflected in a legal environment that promoted strict individual equality and freedom of contract. Legislative control of economic activity was minimal.

I am of the view that many factors in this case point to an identifiable social policy that is different from analogous legislation (i.e. Landlord and Tenant acts). The legislation as a whole provides both substantive and procedural protection to both residential landlords and tenants. The substantive protections are those which deal with minimum lease requirements, security deposits, tenancy terminations and the like. Procedurally, it offers an inexpensive and speedy mechanism for the investigation and resolution of disputes. (See *Sobeys Stores*, at p. 280.) The legislation also imposes new obligations on both residential landlords and tenants: *Sobeys Stores*, at pp. 284-85. Finally, the legislative response is one to changed social conditions since Confederation, in a context significantly different from the practice that then existed in the courts. For example, neither the Director nor the members of the tribunal must be lawyers. To paraphrase L'Heureux-Dubé J.A., in *Asselin*, *supra*, at p. 238 (cited with approval in *Sobeys Stores*, at p. 281), it is an Act of a clearly social nature which reflects a distinct evolution since 1867 and a completely different notion of residential landlord and tenant relations from that which existed at that time.

(3) Protecting Against the Erosion of Section 96 Jurisdiction

The respondent objects to a "too easy" resort to the novel jurisdiction approach which he asserts

ment, au besoin, de décision. Les observations du juge La Forest dans *Sobeys Stores*, à la p. 283, sont particulièrement pertinentes:

Les principes de philosophie économique et sociale qui sous-tendent ces dispositions pourraient difficilement s'éloigner davantage de ceux qui prévalaient au moment de la Confédération. À cette époque, la philosophie du laissez-faire était à son zénith. Cette situation se reflétait dans un environnement juridique qui préconisait l'égalité stricte entre les individus et la liberté de contracter. Le contrôle législatif de l'activité économique était minimum.

Je suis d'avis qu'il se dégage de bon nombre de facteurs présents en l'espèce une politique sociale identifiable, distincte des lois analogues (c'est-à-dire les lois sur la location immobilière). La loi dans son ensemble offre des protections, tant de fond que de procédure, aux propriétaires et aux locataires résidentiels. Les protections de fond sont celles qui ont trait aux exigences minimales des baux, aux cautionnements, à la résiliation des baux et autres aspects du genre. Sur le plan procédural, la loi établit un mécanisme rapide et peu coûteux d'enquête et de règlement des différends. (Voir *Sobeys Stores*, à la p. 280.) La loi impose également de nouvelles obligations tant aux propriétaires qu'aux locataires résidentiels: *Sobeys Stores*, aux pp. 284 et 285. Enfin, elle est la réponse législative à l'évolution des conditions sociales depuis la Confédération, dans un contexte fort différent des pratiques qui avaient cours alors au sein des tribunaux. Par exemple, ni le directeur ni les membres du tribunal ne sont tenus d'être des avocats. Pour paraphraser les propos de madame le juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Asselin*, précité, à la p. 238 (cités et approuvés dans *Sobeys Stores*, à la p. 281), il s'agit d'une loi à caractère nettement social, reflétant l'évolution marquée qui s'est produite depuis 1867 et une conception des rapports entre propriétaires et locataires résidentiels totalement différente de celle qui existait à ce moment.

(3) Protection contre l'érosion d'une compétence fondamentale

L'intimé s'oppose à ce que l'on ait [TRADUCTION] «trop facilement» recours à la doctrine de la

54

55

will erode the jurisdiction which the s. 96 jurisprudence protects. I disagree with this assertion, at least as applied to the legislation at issue in this case.

56 I begin by noting that jurisdiction over residential tenancy disputes is not part of the “core” jurisdiction which our s. 96 jurisprudence protects. Section 96’s “core” jurisdiction is a very narrow one which includes only critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system. In *MacMillan Bloedel, supra*, this Court was satisfied, for example, that a superior court’s inherent jurisdiction to punish for contempt fell within the “core” jurisdiction of s. 96.

57 Nor does the application of the novel jurisdiction approach in the context of this case threaten the “non-core” jurisdiction of s. 96 courts. Indeed, this Court’s decision in the *Young Offenders Act* reference offers a check on erosion of s. 96’s “non-core” jurisdiction by asking a second question: had such a jurisdiction been in existence prior to Confederation, what courts would have been vested by the legislature with the jurisdiction? In that case, I was satisfied that offences that were less stigmatized and which carried light sentences were within the jurisdiction of inferior courts in 1867 and that therefore if a jurisdiction over young offenders had existed in 1867, the legislatures would have vested that jurisdiction in inferior courts.

58 In order to answer this question in this context, we must first attempt to ascertain the characteristics of residential tenancy disputes. On the basis of the evidence presented by the parties, I am of the view that the hallmarks of residential tenancy disputes include the following characteristics. First, the majority of disputes are over minor matters such as unpaid rent and security deposits. This

compétence nouvelle, solution qui, affirme-t-il, entraînera une érosion de la compétence protégée par l’art. 96. Je ne suis pas d’accord avec cette affirmation, à tout le moins pour ce qui concerne la législation en cause dans le présent pourvoi.

Je souligne, au départ, que la compétence sur les différends en matière de location résidentielle ne fait pas partie de la compétence «fondamentale» protégée par la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 96. Cette compétence «fondamentale» est très limitée et ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l’existence d’une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique. Dans *MacMillan Bloedel*, précité, notre Cour a dit être convaincue que, par exemple, le pouvoir inhérent des cours supérieures de punir l’outrage au tribunal fait partie de la compétence «fondamentale» visée à l’art. 96.

L’application du principe de la compétence nouvelle, dans le contexte de la présente affaire, ne menace pas non plus la compétence «fondamentale» des cours visées à l’art. 96. De fait, la décision de notre Cour dans le renvoi relatif à la *Loi sur les jeunes contrevenants* permet de faire obstacle à l’érosion de cette compétence «non fondamentale» en formulant une seconde question: Si cette compétence avait existé avant la Confédération, à quels tribunaux la législature l’aurait-elle conférée? Dans cet arrêt, j’ai dit être convaincu que les infractions auxquelles sont attachés des stigmates moins grands et qui entraînent des peines légères relevaient de la compétence des tribunaux inférieurs en 1867 et que, par conséquent, s’il avait existé une compétence à l’égard des jeunes contrevenants en 1867, les législatures l’auraient confiée aux tribunaux inférieurs.

Pour répondre à cette question dans le contexte du présent pourvoi, nous devons, dans un premier temps, tenter de cerner les caractéristiques des différends qui surviennent en matière de location résidentielle. À la lumière de la preuve présentée par les parties, je suis d’avis que font notamment partie de ces caractéristiques les aspects suivants. D’une part, la majorité des différends portent sur

conclusion finds support not only in the type of dispute that has dominated residential tenancies in Nova Scotia over the last ten years but also in *Gronidin, supra*, at p. 383, wherein Chouinard J. suggested that jurisdiction over unpaid rent was the conclusive aspect of the broader lessor-lessee jurisdiction:

The Commissioners' Courts which existed between 1821 and 1965 always had some jurisdiction over matters between lessors and lessees, at least as regards the collection of rent

In my view, that suffices for the historical step of the test established by the reference *Re Residential Tenancies Act, 1979*, and applies to all proceedings covered by this appeal. [Emphasis added.]

Second, the dollar amount of the disputes is relatively minor, and, finally, residential tenancies are a largely urban phenomenon with most of the disputes located in the cities.

A brief survey of the historical situation in the four confederating provinces convinces me that if the legislatures had carved out a residential tenancy jurisdiction, they would have granted the jurisdiction to their inferior courts. In Ontario, inferior courts had jurisdiction over matters of unpaid rent and disputes involving nominal dollar amounts. As the Attorney General for Ontario points out:

Jurisdiction in relation to small debt, which would have included claims for rent arrears, resided in the inferior courts, subject to a monetary limit of \$100 and to a general prohibition against jurisdiction over actions of ejectment or actions where the right or title to any corporeal hereditament was brought into question. Inferior courts also had jurisdiction over claims in replevin to \$40 and over landlords' claims from goods seized from tenants.

des sujets d'importance mineure tels le non-paiement du loyer et les cautionnements. Cette conclusion trouve appui non seulement dans le type de différends qui ont prédominé en matière de location résidentielle en Nouvelle-Écosse au cours des dix dernières années, mais également dans *Gronidin*, précité, à la p. 383, où le juge Chouinard a avancé que la compétence en matière de loyers impayés était l'aspect déterminant de la compétence générale sur les rapports entre propriétaires et locataires:

En effet, les cours de commissaires qui ont existé de 1821 à 1965 ont toujours eu une certaine compétence en matière de rapports entre locateurs et locataires, au moins en ce qui touche la perception des loyers

À mon avis, cela est suffisant au regard du volet historique du critère établi par le renvoi *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle* et vaut pour toutes les matières visées dans ce pourvoi. [Je souligne.]

D'autre part, les sommes en jeu dans ces différends sont relativement peu élevées et, enfin, la location résidentielle est un phénomène surtout urbain, la plupart des différends ayant lieu dans les villes.

Un bref examen de la situation historique dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération me convainc que, si les législatures avait établi une compétence sur la location résidentielle, elles l'auraient confiée à leurs tribunaux inférieurs. En Ontario, les tribunaux inférieurs avaient compétence sur les affaires de loyers impayés et des différends mettant en cause des sommes minimes. Comme le souligne le procureur général de l'Ontario:

[TRADUCTION] La compétence sur les petites créances, qui aurait visé les réclamations pour arriérés de loyers, appartenait aux tribunaux inférieurs, sous réserve d'une limite de 100 \$ et d'une interdiction générale de connaître des actions en éviction ou des actions mettant en cause un droit ou un titre sur tout héritage corporel. Les tribunaux inférieurs étaient également compétents à l'égard des demandes en restitution ne dépassant pas 40 \$ et à l'égard des demandes présentées par les propriétaires relativement aux biens saisis auprès des locataires.

(See *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, c. 19, ss. 54-55, 174-75; *An Act to Amend the Law of Replevin in Upper Canada*, S.C. 1860, c. 45, s. 6.)

And as the appellant highlights:

Ontario was thick with Division Courts. "Not less than three; nor more than twelve" Division Courts were to be established in each County or Union of Counties: *An Act Respecting the Division Courts*, 1859 22 Vict. c. 319, s. 3. Recorder Courts were established in "every city" in Upper Canada; and provision was made for the appointment of the Recorder "to preside over and hold the Division Court of that Division of the County which includes the City": *An Act respecting the Municipal Institutions of Upper Canada*, 1859 22 Vict. c. 54, ss. 370, 383.

60

In Quebec, the province-wide Commissioners Court had jurisdiction over "attachments for rent", up to \$25. In addition, in certain cities Recorder's Courts had jurisdiction over "matters of dispute between lessors and lessees". The one such court which Chouinard J. referred to was the Montreal Recorder's Court which, at 1867, had the same jurisdiction over lessor-lessee relations as the superior courts, provided that "the consideration or annual value of the property occupied" did not exceed \$100. See *Groncin*, *supra*, at p. 380.

61

In Nova Scotia, an Inferior Court of Common Pleas exercised concurrent jurisdiction with the Supreme Court between 1752 and 1841. Upon its abolition in 1841, Nova Scotia lacked an intermediate court. In response, the civil jurisdiction of Justices of the Peace was increased. By 1864, one justice could hear claims in debt for rent up to \$20; two justices had jurisdiction up to \$80. As the appellant points out this was not a trivial jurisdiction. "[I]n the 1860's, \$80 was a significant sum. It would pay two years' wages for a farmhand or domestic servant". In Halifax, where, as Freeman J.A. pointed out, most of the province's rented premises would have been found in the 1860s, the City Court had jurisdiction over claims for rent

(Voir *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, ch. 19, art. 54, 55, 174 et 175; *Acte pour amender la Loi du «Replevin» dans le Haut Canada*, S.C. 1860, ch. 45, art. 6.)

De plus, l'appelant a fait ressortir les points suivants:

[TRADUCTION] L'Ontario comptait une multitude de cours de division. «Au moins trois et au plus douze cours de division» devaient être établies dans chaque comté ou union de comtés: *An Act Respecting the Division Courts*, 1859 22 Vict., ch. 319, art. 3. Des cours du recorder étaient établies dans «chaque ville» du Haut-Canada; des dispositions pourvoaient également à la nomination du recorder chargé «de présider la Cour de division de la division du comté qui inclut la ville»: *An Act respecting the Municipal Institutions of Upper Canada*, 1859 22 Vict. ch. 54, art. 370, 383.

Au Québec, la Cour des commissaires, établie partout en province, avait compétence en matière de «saisie-gagerie» jusqu'à concurrence de 25 \$. En outre, dans certaines villes, la Cour du Recorder avait compétence sur les «différends entre locataires et locataires». La cour de ce genre dont a fait mention le juge Chouinard était la Cour du Recorder de Montréal qui, en 1867, avait, à l'égard des rapports entre locataires et locataires, la même compétence que les cours supérieures, dans la mesure où il s'agissait d'affaires visant des «lieux occupés dont le prix ou la valeur annuelle» n'excédait pas la somme de 100 \$. Voir *Groncin*, précité, à la p. 380.

En Nouvelle-Écosse, une cour inférieure des plaid communs a, de 1752 à 1841, exercé une compétence concurrente à celle de la Cour suprême. Lorsque la première a été abolie en 1841, la Nouvelle-Écosse s'est trouvée sans cour de juridiction intermédiaire. Pour corriger cette situation, les juges de paix ont vu leur compétence en matière civile être accrue. En 1864, un tel juge pouvait entendre des demandes en paiement de loyer jusqu'à concurrence de 20 \$, alors que deux juges avaient compétence sur les demandes s'élevant à 80 \$. Comme le souligne l'appelant, cette compétence n'était pas négligeable. [TRADUCTION] «[D]ans les années 1860, 80 \$, c'était beaucoup d'argent. Cette somme représentait deux années de

and breach of contract up to \$80, over trespass and replevin up to \$40, and over forcible entry, detainer and overholding by tenants, without restriction. This jurisdiction would have left few landlord/tenant matters out of the reach of the City Court. (See C. J. Townsend, "Historical Account of the Courts of Judicature in Nova Scotia" (1899), 19 *Can. L.T.* 25, at p. 144; G. Patterson, "The Establishment of the County Court in Nova Scotia" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 394, at p. 397; S. E. Oxner, "The Evolution of the Lower Court of Nova Scotia" in *Law in a Colonial Society: The Nova Scotia Experience* (1984), at pp. 59, 76; *Report of the Nova Scotia Court Structure Task Force* (March 1991), Appendix 1, "History of Nova Scotia Courts"; *An Act to improve the Administration of the Law, and to reduce the number of Courts of Justice within this Province, and to diminish the expense of the Judiciary therein*, S.N.S. 1841, 4 Vict., c. 3; T. C. Haliburton, *An Historical and Statistical Account of Nova Scotia* (1829); B. Murdoch, *Epitome of the Laws of Nova Scotia* (1833), vol. III, at pp. 57-58 and 60-61; and J. M. Beck, *The Government of Nova Scotia* (1957), at p. 129; *Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases*, R.S.N.S. 1864, c. 128, s. 1; *Halsbury's Laws of England*, vol. 1 (3rd ed. 1952), at p. 26; *Of Tenancies and of Forcible Entry and Detainer*, R.S.N.S. 1864, c. 140; P. Girard, "The Rise and Fall of Urban Justice in Halifax, 1815-1886" (1988), 8:2 *Nova Scotia Historical Review* 57, at p. 59; *An Act to regulate the Summary Trial of Actions before His Majesty's Justices of the Peace, in the Town and Peninsula of Halifax*, S.N.S. 1792, 32 Geo. 3, c. 14; *An Act to Incorporate the Town of Halifax*, S.N.S. 1841, 4 Vict., c. 55, s. 54; *An Act concerning the City of Halifax*, S.N.S. 1864, 27 Vict., c. 81.)

salaire d'un ouvrier agricole ou d'un domestique». À Halifax, où, comme l'a indiqué le juge Freeman, se trouvaient la plupart des habitations louées dans la province, dans les années 1860, la Cour municipale avait compétence pour entendre les demandes en paiement de loyer et bris de contrat ne dépassant pas 80 \$, les demandes en matière d'intrusion et de replevin ne dépassant pas 40 \$, ainsi que les demandes en matière de prise de possession par la force, rétention et occupation après terme par le locataire, sans plafond applicable dans ce dernier cas. Ces pouvoirs auraient laissé peu de questions touchant les rapports entre propriétaires et locataires hors de la compétence de la Cour municipale. (Voir C. J. Townsend, «Historical Account of the Courts of Judicature in Nova Scotia» (1899), 19 *Can. L.T.* 25, à la p. 144; G. Patterson, «The Establishment of the County Court in Nova Scotia» (1943), 21 *R. du B. can.* 394, à la p. 397; S. E. Oxner, «The Evolution of the Lower Court of Nova Scotia» dans *Law in a Colonial Society: The Nova Scotia Experience* (1984), aux pp. 59, 76; *Report of the Nova Scotia Court Structure Task Force* (mars 1991), Appendix 1, «History of Nova Scotia Courts»; *An Act to improve the Administration of the Law, and to reduce the number of Courts of Justice within this Province, and to diminish the expense of the Judiciary therein*, S.N.S. 1841, 4 Vict., ch. 3; T. C. Haliburton, *An Historical and Statistical Account of Nova Scotia* (1829); B. Murdoch, *Epitome of the Laws of Nova Scotia* (1833), vol. III, aux pp. 57, 58, 60 et 61; et J. M. Beck, *The Government of Nova Scotia* (1957), à la p. 129; *Of the Jurisdiction of Justices of the Peace in Civil Cases*, R.S.N.S. 1864, ch. 128, art. 1; *Halsbury's Laws of England*, vol. 1 (3^e éd. 1952), à la p. 26; *Of Tenancies and of Forcible Entry and Detainer*, R.S.N.S. 1864, ch. 140; P. Girard, «The Rise and Fall of Urban Justice in Halifax, 1815-1886» (1988), 8:2 *Nova Scotia Historical Review* 57, à la p. 59; *An Act to regulate the Summary Trial of Actions before His Majesty's Justices of the Peace, in the Town and Peninsula of Halifax*, S.N.S. 1792, 32 Geo. 3, ch. 14; *An Act to Incorporate the Town of Halifax*, S.N.S. 1841, 4 Vict., ch. 55, art. 54; *An Act concerning the City of Halifax*, S.N.S. 1864, 27 Vict., ch. 81.)

62

Finally, in New Brunswick, the Justices of the Peace had jurisdiction over small debt (up to \$20). The jurisdiction extended to every corner of the province. In addition, City Courts had jurisdiction over small debt (up to \$80) and over tort to real and personal property (up to \$20). This jurisdiction was somewhat less than in Nova Scotia because New Brunswick retained its Inferior Court of Common Pleas, which exercised unlimited jurisdiction over many landlord and tenant matters for a century. This court was abolished in 1867. (See D. G. Bell, "A Perspective on Legal Pluralism in 19th-Century New Brunswick" (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 86, at pp. 92-93; *An Act to regulate proceedings before Justices of the Peace in Civil Suits*, S.N.B. 1834, 4 Gul. 4, c. 45; *Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits*, R.S.N.B. 1854, c. 137, s. 53; *Charter of City of Saint John*, S.N.B. 1855, 18 Vict., vol. 3, Appendix; *An Act to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John*, S.N.B. 1859, 22 Vict., c. 38, s. 1; *An Act further to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John, and in amendment of the Law relating to said Court*, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 46; *An Act relating to the City Court of the City of Saint John*, S.N.B. 1860, 23 Vict., c. 57; *An Act to amend an Act intituled An Act to amend the Law relating to the collection of Taxes and small debts in the Parish of Portland, in the City and County of Saint John, and for other purposes in the said Parish*, S.N.B. 1867, 30 Vict., c. 36, s. 4.)

Enfin, au Nouveau-Brunswick, les juges de paix avaient compétence à l'égard des petites créances (jusqu'à concurrence de 20 \$), et ce aux quatre coins de la province. Les cours municipales, quant à elles, avaient compétence sur les petites créances (jusqu'à concurrence de 80 \$) et sur les délits civils en matière de biens meubles et immeubles (jusqu'à concurrence de 20 \$). Cette compétence était légèrement inférieure à celle existant en Nouvelle-Écosse, étant donné que le Nouveau-Brunswick avait conservé sa Cour inférieure des plaids communs qui, pendant un siècle, a exercé une compétence illimitée à l'égard de nombreux problèmes se posant en matière de location immobilière. Cette cour a été abolie en 1867. (Voir D. G. Bell, «A Perspective on Legal Pluralism in 19th-Century New Brunswick» (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 86, aux pp. 92 et 93; *An Act to regulate proceedings before Justices of the Peace in Civil Suits*, S.N.B. 1834, 4 Gul. 4, ch. 45; *Of the Jurisdiction of Justices in Civil Suits*, R.S.N.B. 1854, ch. 137, art. 53; *Charter of City of Saint John*, S.N.B. 1855, 18 Vict., vol. 3, Appendix; *An Act to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John*, S.N.B. 1859, 22 Vict., ch. 38, art. 1; *An Act further to enlarge the jurisdiction of the City Court of the City of Saint John, and in amendment of the Law relating to said Court*, S.N.B. 1864, 27 Vict., ch. 46; *An Act relating to the City Court of the City of Saint John*, S.N.B. 1860, 23 Vict., ch. 57; *An Act to amend an Act intituled An Act to amend the Law relating to the collection of Taxes and small debts in the Parish of Portland, in the City and County of Saint John, and for other purposes in the said Parish*, S.N.B. 1867, 30 Vict., ch. 36, art. 4.)

63

In light of the nature of residential tenancy disputes and the types of disputes entertained by many pre-Confederation inferior courts, it is reasonable to conclude that pre-Confederation legislatures would have vested residential tenancy jurisdiction in those courts. As Freeman J.A. describes, residential tenancy disputes involve a high volume of repetitive and narrowly defined matters of limited complexity. They are amply suited to resolution by lay persons applying the rules with fairness and common sense. These were the hallmarks of

Compte tenu de la nature des différends relatifs à la location résidentielle et des types de différends dont connaissaient bon nombre de tribunaux inférieurs qui existaient avant la Confédération, il est raisonnable de conclure que les législatures pré-confédératives auraient investi ces tribunaux de la compétence en matière de location résidentielle. Comme l'explique le juge Freeman, la location résidentielle donne lieu à un grand nombre d'affaires répétitives, portant sur des questions étroitement délimitées et peu complexes. Il s'agit de dif-

the cases entertained by many pre-Confederation inferior courts.

To return to the question posed by Lord Simonds in *John East*, I am satisfied in the light of the foregoing that if residential tenants' rights had in 1867 been recognized by the law, if statutory conditions and terms of residential leases had been the accepted postulate of promoting peace and tranquillity in modern multiple housing units, if, in a word, the economic and social outlook had been the same in 1867 as it has become in 1995, it would have been expedient for the legislatures to establish these specialized tribunals as is provided pursuant to the unproclaimed legislation.

As the challenged jurisdiction in this case does not run afoul of the first branch of the test set out in *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*, because it is a novel jurisdiction which does not broadly conform to a power or jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts at the time of Confederation, there is no need to consider the second or third branches of that test.

Finally, I wish to add that in this case our review of the impugned legislation has been undertaken from a broad perspective in light of the overall policy aims of the Nova Scotia *Residential Tenancies Act*. In particular, the focus of the inquiry has been on the creation of a provincial "residential tenancies" director or tribunal to adjudicate residential tenancies disputes. Our approval of the Nova Scotia *Residential Tenancies Act* should in no way be taken as precluding a separate analysis in a future case of whether a particular provision of that Act or similar act is constitutionally infirm. See *MacMillan Bloedel, supra*.

férends qui se prêtent bien à une procédure de règlement par des non-juristes chargés d'appliquer les règles pertinentes avec équité et bon sens. Voilà quelles étaient les caractéristiques des affaires entendues par bon nombre de tribunaux inférieurs avant la Confédération.

Pour revenir à la question posée par lord Simonds dans l'arrêt *John East*, je suis convaincu, compte tenu de ce qui précède, que si les droits des locataires d'habitation avaient été reconnus par la loi en 1867, si la formulation dans la loi des conditions des baux résidentiels avait été acceptée comme postulat reconnu de la promotion de la paix et de la tranquillité dans les immeubles à logement multiples modernes, enfin si, en un mot, la situation économique et sociale avait été la même en 1867 que ce qu'elle est devenue en 1995, il aurait été opportun pour les législatures de créer les tribunaux spécialisés prévus par les dispositions législatives non proclamées.

Comme la compétence contestée en l'espèce n'est pas contraire au premier volet du critère énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, étant donné qu'elle est une compétence nouvelle qui ne correspond pas généralement à un pouvoir ou à une compétence exercé par les cours supérieures, de district ou de comté, au moment de la Confédération, il n'est pas nécessaire d'examiner les deuxième et troisième volets de ce critère.

Enfin, j'aimerais ajouter que, en l'espèce, nous avons examiné la loi contestée d'un point de vue général, étant donné les objectifs politiques globaux de la *Residential Tenancies Act* de la Nouvelle-Écosse. De façon plus particulière, l'examen a porté principalement sur la création d'un directeur ou tribunal provincial «de la location résidentielle» chargé de statuer sur les différends en la matière. Le fait que nous approuvons la *Residential Tenancies Act* de la Nouvelle-Écosse n'a pas pour effet d'empêcher, dans l'avenir, une analyse distincte de la question de savoir si une disposition particulière de cette loi ou d'une loi similaire est inconstitutionnelle. Voir *MacMillan Bloedel*, précité.

64

65

66

VI. Conclusion

67

I am therefore of the view that the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The constitutional questions should be answered as follows:

1. Are the unproclaimed provisions of *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, c. 31 (the "Act"), within the legislative jurisdiction of the House of Assembly of Nova Scotia to the extent that those provisions confer authority respecting residential tenancies upon persons other than judges appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and, most particularly, are the following provisions of the Act within the legislative jurisdiction of the House of Assembly of Nova Scotia?

Answer: Yes.

2. If the aforesaid provisions of the Act are not within the legislative jurisdiction of the House of Assembly of Nova Scotia, in what particular respects are those provisions *ultra vires*?

Answer: Given the answer to the first question, this question does not arise.

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

68

MCLACHLIN J. — The issue in this case is whether the legislature of Nova Scotia violated s. 96 of the *Constitution Act, 1867* by granting power to resolve residential tenancy disputes to the Director of Residential Tenancies and the Residential Tenancies Board.

69

Like the Chief Justice, I am of the view that the grant of power does not violate s. 96. However, I arrive at this conclusion by different reasoning. I cannot accept that the power to resolve residential landlord and tenant disputes constitutes a "novel jurisdiction", given that courts have been performing this function since before Confederation. I am of the view, however, that at the time of Confederation the inferior courts throughout Canada were involved in the exercise of this jurisdiction in a way that was broadly co-extensive with that of the

VI. Conclusion

Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter le pourvoi incident et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse est-elle compétente pour adopter les dispositions non proclamées de *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, ch. 31 (la «Loi»), dans la mesure où ces dispositions confèrent une compétence, en matière de location résidentielle, à des personnes autres qu'un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et, plus particulièrement, l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse est-elle compétente pour adopter les dispositions suivantes de la Loi?

Réponse: Oui.

2. Si l'Assemblée législative n'est pas compétente pour adopter les dispositions précédentes de la Loi, à quels égards ces dispositions sont-elles *ultra vires*?

Réponse: Vu la réponse à la première question, cette question ne se pose pas.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Il s'agit en l'espèce de déterminer si la législature de la Nouvelle-Écosse a porté atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en accordant au directeur de la location résidentielle et à la commission de location résidentielle le pouvoir de résoudre des différends en matière de location résidentielle.

À l'instar du Juge en chef, je suis d'avis que cette attribution de pouvoir ne porte pas atteinte à l'art. 96. Toutefois, j'arrive à cette conclusion par un raisonnement différent. Je ne peux admettre que le pouvoir de résoudre des différends entre propriétaires et locataires constitue une «compétence nouvelle», étant donné que les tribunaux s'acquittaient déjà de cette fonction avant la Confédération. Je suis cependant d'avis que, au moment de la Confédération, les tribunaux inférieurs dans l'ensemble du pays exerçaient cette compétence d'une

superior courts. Accepting that the jurisdiction of inferior court and tribunals “need not be frozen at its pre-Confederation level” (*Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, at p. 258), it follows that the present grant of power to an inferior tribunal does not derogate from the authority of the superior courts and is therefore valid.

The Legislation at Issue

The impugned provisions of the *Residential Tenancies Act*, R.S.N.S. 1989, c. 401, contained in *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, c. 31 (collectively, the “Act”) provide a mechanism for the resolution of first- and second-level residential tenancy disputes. The legislation gives the provincially appointed Director of Residential Tenancies and his delegates the power to investigate, mediate and adjudicate disputes between landlords and their residential tenants. It empowers the Director to make orders for compliance, termination, repair and possession. The Director’s order may be appealed to the Board, and an order of the Board may be appealed, with leave, to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia on questions of law or jurisdiction. An unappealed order is deemed to be an order of the Board, which in turn may be entered as an order of the court under s. 21 of the Act.

The jurisdiction of the Director and Board is exclusive. All residential tenancy disputes must be determined by the procedure specified in the Act, and except for formally entering orders and its limited appellate jurisdiction, the superior court has no power to determine them.

manière généralement parallèle à celle des cours supérieures. Si l’on accepte que la compétence des tribunaux inférieurs et des tribunaux administratifs «n’a pas à être figée à son niveau préconfédératif» (*Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, aux pp. 258 et 259), il s’ensuit que l’attribution de pouvoir faite en l’espèce à un tribunal inférieur ne porte pas atteinte aux pouvoirs des cours supérieures, et qu’elle est par conséquent valide.

Les dispositions législatives en cause

Les dispositions contestées de la *Residential Tenancies Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 401, figurant dans la loi intitulée *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, S.N.S. 1992, ch. 31 (collectivement la «Loi»), établissent un régime de règlement à deux paliers des différends en matière de location résidentielle. Ces dispositions législatives habilitent le directeur de la location résidentielle nommé par la province et ses représentants à enquêter sur des différends entre propriétaires et locataires, à agir en qualité de médiateur à cet égard et à statuer sur ces différends. Elles confèrent également au directeur le pouvoir de rendre des ordonnances relatives au respect de la Loi ou du bail, à la résiliation du bail, aux réparations et à la possession. Il peut être interjeté appel des ordonnances du directeur à la commission, dont les décisions peuvent, sur autorisation, être portées en appel devant la Division d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse sur des questions de droit ou de compétence. Les ordonnances n’ayant pas fait l’objet d’un appel sont réputées être des ordonnances de la commission, qui peuvent à leur tour être inscrites en tant qu’ordonnances de la cour en vertu de l’art. 21 de la Loi.

La compétence du directeur et celle de la commission sont exclusives. Tous les différends en matière de location résidentielle doivent être tranchés au moyen de la procédure établie par la Loi. À l’exception de l’inscription formelle des ordonnances et de sa compétence limitée en appel, le tribunal supérieur n’a aucun pouvoir à l’égard de ces différends.

Analysis*The Test for Conferring Judicial Powers on Inferior Tribunals*

72 Section 96 of the *Constitution Act, 1867* gives constitutional recognition to a system of courts across Canada consisting of federally appointed and remunerated judges. The Provinces were empowered under s. 92(14) to create courts, but the federal government was made responsible for appointing and remunerating the judges of the superior, district and county courts of each province. The presence of a federally staffed and remunerated bench across the country has served as a unifying force in Canada in the ensuing years. Indeed, the constitutionally guaranteed existence of such a bench may be seen as one of the ultimate safeguards of the rule of law in this country.

73 It follows from the constitutional status of the s. 96 courts that neither Parliament nor the legislatures may impair their status. Their status could be impaired by transfers of their work to inferior tribunals. So the wholesale transfer of superior court powers cannot be allowed. Only the transfer of powers found to be subsidiary to a valid administrative scheme or necessarily incidental to an otherwise *intra vires* legislative goal are allowed. Shadow courts and tribunals usurping the functions of the superior courts guaranteed by s. 96 are prohibited.

74 The test for determining whether a conferral of power on an inferior tribunal violates s. 96 of the *Constitution Act, 1867* was set out by this Court, *per Dickson J.*, in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, as modified by *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364, *Sobeys, supra*, and *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252. It consists of three steps, represented by the following questions: (1) does the power conferred "broadly conform" to a power or jurisdiction exercised by a superior, district or county court at the time of

Analyse*Le critère applicable en matière d'attribution de pouvoirs judiciaires à des tribunaux inférieurs*

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* reconnaît, dans la Constitution, l'existence à l'échelle du pays d'un ensemble de tribunaux constitués de juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral. Les provinces ont été habilitées par le par. 92(14) à créer des tribunaux, le gouvernement fédéral étant toutefois chargé de nommer et de rémunérer les juges des cours supérieures, de district et de comté de chaque province. La présence, dans l'ensemble du pays, d'une magistrature nommée et rémunérée par le gouvernement fédéral a servi d'élément unificateur au Canada au cours des années qui ont suivi. De fait, il est possible d'affirmer que cette présence, garantie par la Constitution, est l'une des protections fondamentales de la primauté du droit au Canada.

Parce que les cours visées à l'art. 96 sont protégées par la Constitution, ni le Parlement ni les législatures ne peuvent porter atteinte à leur statut. Cela pourrait toutefois se produire si leurs tâches étaient transférées à des tribunaux inférieurs. Voilà pourquoi le transfert en bloc de pouvoirs des cours supérieures ne saurait être autorisé. Seuls les transferts de compétences jugées complémentaires d'un régime administratif valide ou nécessairement accessoires à la réalisation d'un objectif législatif par ailleurs constitutionnel sont permis. Il est interdit d'établir des tribunaux parallèles et des tribunaux administratifs qui usurpent les fonctions réservées aux cours supérieures visées par l'art. 96.

Le critère qui permet de déterminer si l'attribution d'un pouvoir à un tribunal inférieur porte atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été établi par le juge Dickson de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, puis modifié dans les arrêts *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364, *Sobeys*, précité, *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252. Il s'agit d'un critère à trois volets, qui sont exprimés au moyen des questions suivantes: (1) Est-ce que le pouvoir

Confederation? (2) if so, is it a judicial power? (3) if so, is the power either subsidiary or ancillary to a predominantly administrative function or necessarily incidental to such a function? The first two steps may be seen as identifying potential violations of s. 96; the last step as setting out the circumstances in which the transfer of a s. 96 power to an inferior tribunal is “transformed” and hence constitutionalized by the administrative context in which it is exercised. The debate on this appeal focuses on the first step.

The First Step — Broad Conformity with a s. 96 Court Power

The function of this step is to determine whether the power conferred on the inferior tribunal is analogous to one exercised by the courts that became s. 96 courts at the time of Confederation. If the power is one formerly exercised exclusively by those courts, it is necessary to go further and consider whether the power is judicial, and if so, whether it falls within the permitted category of judicial powers conferred on an administrative body as part of a broader policy scheme. If the inferior courts before Confederation alone exercised the power, or shared it in a practical way with the future superior courts, s. 96 is not engaged and no further enquiry is required.

Methodological Observations

A few observations about how the test is applied may be appropriate at the outset. The first concerns the characterization of the judicial power which is said to be removed by its conferral on a provincially appointed body. For the purposes of this characterization, the focus of the historical inquiry is on the type of dispute involved. The function of the s. 96 courts was and is dispute resolution. The question must therefore be whether an aspect of

«correspond généralement» à un pouvoir ou à une compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération? (2) Si oui, est-ce un pouvoir judiciaire? (3) Dans l’affirmative, ce pouvoir est-il complémentaire ou accessoire d’une fonction principalement administrative ou nécessairement accessoire d’une telle fonction? Il est possible de dire des deux premières étapes qu’elles visent à cerner les atteintes potentielles à l’art. 96, et de la dernière qu’elle sert à établir les circonstances dans lesquelles le transfert d’une compétence visée à l’art. 96 à un tribunal inférieur est «transformé» et, partant, constitutionnalisé par le contexte administratif dans lequel elle est exercée. En l’espèce, le débat porte principalement sur la première étape.

La première étape — Correspondance générale avec une compétence des cours visées à l’art. 96

L’objet de cette étape est de déterminer si le pouvoir conféré au tribunal inférieur est analogue à un pouvoir qui était exercé par les tribunaux qui sont devenus les cours visées à l’art. 96 au moment de la Confédération. Si le pouvoir était auparavant exercé exclusivement par ces tribunaux, il est nécessaire de poursuivre l’analyse et de se demander s’il s’agit d’un pouvoir judiciaire et, si oui, s’il relève de la catégorie de pouvoirs judiciaires qui peuvent être conférés à un organisme administratif dans le cadre d’une politique plus vaste. Si seuls les tribunaux inférieurs d’avant la Confédération exerçaient le pouvoir en question ou le partageaient dans la pratique avec les tribunaux qui allaient devenir les cours supérieures, l’art. 96 n’est alors pas visé et il n’est pas nécessaire de poursuivre l’examen.

Observations méthodologiques

Au départ, il convient de faire quelques observations sur la manière d’appliquer le critère. La première concerne la qualification du pouvoir judiciaire qui, affirme-t-on, est retiré par suite de son attribution à un organisme de constitution provinciale. Aux fins de cette qualification, il est nécessaire de concentrer l’analyse historique sur le type de différend concerné. Le rôle des cours visées à l’art. 96 était et est encore aujourd’hui de juger des

75

76

the dispute resolution function dominated by the superior courts has been transferred to an administrative tribunal. It follows that the inquiry must not focus on “a technical analysis of remedies” (*Sobeys, supra*, at p. 255). Nor should it evaluate the nature and goals of the legislative scheme, which fall to be considered only at the third stage should it progress that far. There is no logical nexus between the policy concerns of modern legislation and the search for the historical antecedents of a given jurisdiction. Rather, the focus must be on the “type of dispute” involved: the reviewing court must look to the “subject-matter rather than the apparatus of adjudication”: *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535, at p. 543 *per* Rand J.; *Sobeys, supra*. In this case, the focus must be on residential tenancy disputes.

différents. La question qu’il faut donc se poser est celle de savoir si un aspect de ce rôle dominé par les cours supérieures a été transféré à un tribunal administratif. Il s’ensuit que l’examen ne doit pas s’attacher à «une analyse formaliste des recours» (*Sobeys*, précité, à la p. 255). L’examen ne devrait pas non plus viser à évaluer la nature et les objectifs du régime législatif, points qui ne doivent être abordés qu’à la troisième étape, si on se rend jusque-là. Il n’existe pas de lien logique entre les aspects de politique générale des lois modernes et la recherche des précédents historiques d’une compétence donnée. L’examen doit plutôt porter principalement sur le «type de différend» en cause: le tribunal chargé de l’examen doit se pencher sur [TRADUCTION] «le sujet visé plutôt que sur le mécanisme décisionnel»: *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535, à la p. 543, le juge Rand; *Sobeys*, précité. En l’espèce, il faut s’attacher aux différends en matière de location résidentielle.

77

A second preliminary observation is that the first step of the test focuses on matters which were exclusively reserved to the courts which became s. 96 courts. Where inferior tribunals enjoyed a meaningful concurrency of power — a “shared involvement” in the field (*Sobeys, supra*) — the jurisdiction at issue was not one dominated by the superior courts and s. 96 is not engaged. The focus must not be overly technical. Minor concurrency in subsidiary aspects of the jurisdiction may be insufficient to negate the fact that, for practical purposes, the dispute was one that fell principally within the purview of the pre-s. 96 courts: *Sobeys, supra*. This Court in *Sobeys* cited three factors as relevant in determining whether the involvement of an inferior court in a given jurisdiction was sufficiently shared: its geographic reach, pecuniary limitations, and the range of disputes it could determine. However, *Sobeys* did not suggest the list was exhaustive, and other factors may emerge as relevant when supported by the evidence. For example, the percentage of the population which would have used the inferior courts, and the frequency with which disputes amenable to their process arose, would both seem pertinent in deciding

La deuxième observation préliminaire est que la première étape du critère porte principalement sur des sujets qui étaient exclusivement réservés aux tribunaux devenus les cours visées à l’art. 96. Dans les cas où les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence concurrente appréciable — un «engagement partagé» (ou rôle) dans le domaine (*Sobeys*, précité) — la compétence en question n’était pas dominée par les cours supérieures et l’art. 96 n’est pas en cause. À cet égard, l’analyse ne doit pas être exagérément formaliste. Une compétence concurrente minime sur des aspects complémentaires de la compétence peut ne pas suffire pour écarter le fait que, dans la pratique, le différend relevait principalement des tribunaux antérieurs à l’art. 96: *Sobeys*, précité. Dans l’arrêt *Sobeys*, notre Cour a énuméré trois facteurs pertinents pour déterminer si le rôle joué par un tribunal inférieur dans l’exercice d’une compétence donnée était suffisant: les limites géographiques de la compétence, les limites pécuniaires de cette compétence et l’éventail des différends sur lesquels le tribunal peut statuer. Cependant, il n’a pas été dit dans *Sobeys* que cette liste était exhaustive, et d’autres facteurs peuvent s’avérer pertinents lorsqu’ils sont appuyés par la preuve. Par exemple, le pourcentage de la population qui avait recours

the extent of their “practical involvement” in the jurisdiction at issue.

A third observation concerns the pre-Confederation courts to be considered in determining whether the power was exercised at the time of Confederation. Logic and the authorities suggest that all pre-s. 96 courts in what was to become Canada must be considered, not merely those of the province (then a colony) in question. If the concern is to ensure the integrity of a unified system of federal courts, then the ambit of the inquiry must not be restricted to determining the extent of inferior court involvement within artificially circumscribed boundaries. A rule which would permit a transfer of power in one province and deny it in another would undercut the unifying force of the s. 96 courts. Additionally, the law of the United Kingdom, which informed the allocation of jurisdiction in the former colonies, may be considered if necessary. As Wilson J. stated for this Court in *Sobeys*, at p. 266, “consistency at the level of the historical analysis would seem to be desirable and . . . it is best achieved by measuring each s. 96 challenge against the same historical yardstick”.

A fourth observation concerns the date at which the powers of the pre-s. 96 courts are to be determined. Are we to fix obdurately on the exact date of Confederation? If an inferior tribunal enjoyed concurrency for many years only to have it removed days before Confederation, should that removal necessarily preclude finding concurrency? Or should a more flexible approach be taken, one which examines the “general historical conditions” prevailing in the confederating provinces? (*Sobeys*, at p. 265.) The purpose of the test for a transfer of s. 96 powers suggests that the latter approach is preferable. If the inferior courts did in fact exercise the jurisdiction in question reasonably

aux tribunaux inférieurs et la fréquence des différends ressortissant à la compétence de ces tribunaux semblent deux facteurs pertinents pour apprécier l’étendue de l’«engagement pratique» de ces tribunaux dans l’exercice de la compétence en question.

La troisième observation concerne l’identité des tribunaux antérieurs à la Confédération qui doivent être pris en considération pour déterminer si le pouvoir en question était exercé au moment de la Confédération. La logique ainsi que la doctrine et la jurisprudence tendent à indiquer qu’il faut tenir compte de tous les tribunaux qui, avant l’art. 96, existaient dans ce qui allait devenir le Canada, et non seulement ceux de la province (alors une colonie) en cause. Si l’objectif est de garantir l’intégrité d’un système unifié de tribunaux fédéraux, alors l’analyse ne doit pas se borner à déterminer l’étendue du rôle des tribunaux inférieurs à l’intérieur de limites artificiellement circonscrites. Une règle qui permettrait un transfert de compétences dans une province et l’interdirait dans une autre minerait l’effet unificateur des cours visées à l’art. 96. On peut également, au besoin, se reporter au droit du Royaume-Uni, qui a guidé l’attribution des compétences dans les anciennes colonies. Comme l’a affirmé le juge Wilson pour notre Cour dans l’arrêt *Sobeys*, à la p. 266, «la cohérence au niveau de l’analyse historique semble désirable et [. . .] le meilleur moyen d’y arriver est de mesurer chaque contestation fondée sur l’art. 96 au même étalon historique».

La quatrième observation concerne la date à laquelle il faut se reporter pour délimiter les pouvoirs des tribunaux antérieurs à l’art. 96. Devons-nous inexorablement nous en tenir à la date même de la Confédération? Si un tribunal inférieur a, pendant de nombreuses années, joui d’une compétence concurrente qui ne lui a été retirée que quelques jours avant la Confédération, ce retrait devrait-il nécessairement empêcher de conclure qu’il y a compétence concurrente? Ne conviendrait-il pas d’adopter une démarche plus souple, qui tienne compte des «conditions historiques générales» qui existaient dans les provinces qui ont formé la Confédération? (*Sobeys*, à la p. 265.)

contemporaneously with Confederation, there is no basis for concern that the present day derogation of those powers from the superior courts fails to accord with the unifying intent of the judicature compromises. The historical inquiry mandated by the first step of the test should be realistic and not arbitrarily swayed by the caprice of history. Results should not turn on technicalities such as the date a particular bill came into force. The concern is to ascertain whether the type of dispute at issue is broadly conformable to one which fell to be decided exclusively or predominantly by the superior courts at or about the time of Confederation. In *Sobeys* this Court indicated that the relevant date of assessment was the time when the "bargain was made". Wilson J. referred to "jurisdiction in 1867" or "1867 jurisdiction", but nowhere stipulated for one particular moment in time. La Forest J., also writing in *Sobeys*, cautioned against an overly mechanical application of the historical test in dealing with jurisdiction that is not amenable to precise definition (at pp. 288-89):

If one must pick a specific date to govern the inquiry, 1867 would seem to be appropriate, but even here I am not sure one should be so much concerned with precise dates as with avoiding incorporating into s. 96 court jurisdiction matters that may be specific to a province by reason of a situation peculiar to the province at the time. For what we are seeking after all is a generalized and workable meaning for the jurisdiction exercisable by s. 96 courts. [Emphasis added.]

L'objet du critère applicable en matière de transfert de pouvoirs visés à l'art. 96 tend à indiquer que cette dernière solution est préférable. Si les tribunaux inférieurs ont de fait exercé la compétence en question à une date suffisamment contemporaine à la Confédération, il n'y a pas lieu de craindre que l'atteinte, aujourd'hui, à ces pouvoirs des cours supérieures soit incompatible avec l'objectif d'unification des compromis intervenus relativement à l'organisation du système judiciaire. L'analyse historique que commande la première étape du critère devrait être réaliste et ne pas être influencée arbitrairement par les caprices de l'histoire. Les résultats ne devraient pas dépendre de détails telle la date à laquelle un projet de loi donné est entré en vigueur. Le but est de vérifier si le type de litige en cause correspond généralement à un type de litige qui relevait exclusivement ou principalement des cours supérieures au moment de la Confédération ou à cette époque. Dans l'arrêt *Sobeys*, notre Cour a indiqué que la date pertinente pour l'examen était le moment du «pacte». Le juge Wilson a parlé de la «compétence en 1867» ou des «compétences exercées en 1867», sans toutefois faire état d'une date précise. Le juge La Forest, qui a également rédigé des motifs dans *Sobeys*, a fait une mise en garde contre une application excessivement formaliste du critère historique à l'égard d'une compétence qui n'est pas susceptible de définition précise (aux pp. 288 et 289):

S'il faut s'en rapporter à une date précise pour en juger, 1867 pourrait convenir, mais, même à ce compte, je ne suis pas sûr qu'il soit plus important de considérer une date précise que d'éviter d'incorporer dans la compétence des cours visées à l'art. 96 des questions qui peuvent être propres à une seule province à cause de la situation particulière qui y prévalait à l'époque. Ce que nous tentons en définitive d'établir, c'est un sens général et pratique de la compétence des cours visées à l'art. 96. [Je souligne.]

80

A fifth methodological concern relates to whether the issue is the actual powers exercised by the superior courts at the time of Confederation, or the ability of the colony to confer those powers on inferior courts at the time. In the Court of Appeal ((1994), 115 D.L.R. (4th) 129), Freeman J.A. maintained that the ability to confer jurisdiction was at least as important as the fact of conferral:

La cinquième observation d'ordre méthodologique consiste à déterminer si la question en litige concerne les pouvoirs effectivement exercés par les cours supérieures à l'époque de la Confédération ou plutôt la capacité de la colonie de conférer ces pouvoirs à des tribunaux inférieurs à l'époque. En Cour d'appel ((1994), 115 D.L.R. (4th) 129), le juge Freeman a affirmé que la capacité d'attribuer

the issue was whether the power was one “which could be concurrently exercised by inferior courts” (p. 176 (emphasis added)). With respect, such an approach is at odds with the purpose of the historical inquiry under s. 96 — to identify those powers reserved to the superior courts before the judicature compromises in 1867 in order to ascertain whether analogous powers are now being conferred on provincial appointees. It was the actual allocation of jurisdiction before 1867 which the confederating provinces must be taken to have approved. With the exception of the powers in equity exercised by the Queen in right of Chancery, it was always competent to Parliament to create new inferior courts of common law and, if it so decided, remove wholesale the entire panoply of jurisdiction previously reserved to the superior courts. There was no constitutional impediment to a similar realignment in the future provinces of Canada, effected either directly from Westminster and Whitehall or through the respective colonial assemblies. Since no common law power was immune from removal, there would be nothing left of s. 96 if a legislative recognition of “capacity” before Confederation was sufficient to sanction the present day removal of jurisdiction to an inferior court or administrative tribunal.

Application of the First Step of the Test

A review of the situation which prevailed generally in the pre-Confederation colonies reveals that jurisdiction over residential tenancy disputes was not vested exclusively in what became the s. 96 courts. The inferior courts in the founding provinces exercised jurisdiction over residential tenancy disputes to varying degrees, but all played a meaningful role in their adjudication. This jurisdiction was more than a “gloss” upon a dominant

une compétence était à tout le moins aussi importante que le fait même de l’attribution: la question est de savoir s’il s’agissait d’un pouvoir [TRADUCTION] «qui pouvait être exercé de façon concurrente par les tribunaux inférieurs» (p. 176 (je souligne)). En toute déférence, une telle approche est incompatible avec l’objet de l’analyse historique effectuée dans le cadre de l’art. 96 — c’est-à-dire cerner les pouvoirs qui étaient réservés aux cours supérieures avant que soient intervenus les compromis relatifs à l’organisation du système judiciaire en 1867, dans le but de vérifier si des pouvoirs analogues sont maintenant conférés à des personnes nommées par les provinces. Il faut considérer que c’est le partage réel des compétences, tel qu’il existait avant 1867, qu’ont approuvé les provinces ayant formé la Confédération. À l’exception des pouvoirs en *equity* exercés par la Reine du chef de la Chancellerie, le Parlement avait toujours compétence pour créer de nouveaux tribunaux inférieurs de common law, et, s’il décidait de le faire, de retirer en bloc la panoplie complète des compétences jusque-là réservées aux cours supérieures. Il n’existait aucun obstacle constitutionnel à une telle réorganisation dans les futures provinces du Canada, réorganisation qui serait réalisée soit directement depuis Westminster et Whitehall, soit encore par l’assemblée législative des diverses colonies. Comme aucun pouvoir fondé sur la common law n’était à l’abri d’un retrait, il ne resterait plus rien de l’art. 96 si l’existence avant la Confédération d’une reconnaissance législative de la «capacité» suffisait pour sanctionner aujourd’hui le retrait d’une compétence et son attribution à un tribunal judiciaire inférieur ou à un tribunal administratif.

Application de la première étape du critère

Il ressort d’un examen de la situation qui existait généralement dans les colonies avant la Confédération que la compétence à l’égard des différends en matière de location résidentielle ne relevait pas exclusivement des tribunaux qui sont devenus les cours visées à l’art. 96. En effet, dans les provinces fondatrices, les tribunaux inférieurs exerçaient, à des degrés divers, une compétence à l’égard de ces différends, mais ils jouaient tous un rôle important

superior court power. Rather, it represented a shared involvement in deciding residential tenancy disputes.

82 The majority of the Court of Appeal concluded that in New Brunswick at the time of Confederation, the County Court, a future s. 96 court, possessed exclusive jurisdiction over residential tenancy disputes. This was because on June 17, 1867, 14 days before Confederation on July 1, a bill had been passed conferring jurisdiction over tenancy matters on the County Court. The parties to this appeal accept that prior to this date, the Court of Common Pleas, an inferior court, exercised a jurisdiction over residential tenancy disputes sufficient to withstand s. 96 scrutiny.

83 The appellant contends that picking an arbitrary point in time in order to decide the outcome of the analysis in the first stage of the *Residential Tenancies* test places too much emphasis on historical happenstance, and that pre-confederation jurisdiction should be more generally evaluated. It follows from what I have said earlier that I accept that position. The lesson of *Sobeys* is that the goal is to find a “generalized and workable meaning for the jurisdiction exercisable by s. 96 courts” (pp. 288-89). Until 14 days before Confederation, a wide range of residential tenancy disputes were decided by the Court of Common Pleas. This was the situation at the time when the judicature provisions were being codified by the Fathers of Confederation, and it follows from the foregoing that in my view the test has been met in relation to New Brunswick.

84 In Nova Scotia, the power to resolve residential tenancy disputes was shared by the superior courts, the Halifax City Court and Justices of the Peace. In

dans leur règlement. Cette compétence était plus qu’un accessoire d’un pouvoir relevant au premier chef des cours supérieures. Au contraire, elle témoignait de l’existence d’un rôle dans le règlement des différends en matière de location résidentielle.

La Cour d’appel a conclu à la majorité qu’au Nouveau-Brunswick, au moment de la Confédération, la Cour de comté, qui allait devenir une cour visée à l’art. 96, avait compétence exclusive sur les différends en matière de location résidentielle. Il en était ainsi parce que le 17 juin 1867, soit 14 jours avant la signature du pacte confédératif le 1^{er} juillet, la législature avait adopté un projet de loi donnant à la Cour de comté compétence sur les questions de location. Les parties au présent pourvoi reconnaissent que, avant cette date, la Cour des plaids communs, un tribunal inférieur, exerçait sur les différends en matière de location résidentielle une compétence suffisante pour résister à un examen fondé sur l’art. 96.

L’appellant affirme que le fait de fixer un point arbitraire dans le temps en vue de décider du résultat de l’analyse effectuée au cours de la première étape du critère énoncé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* a pour effet d’accorder une trop grande importance aux aléas de l’histoire, et que la compétence qui existait avant la Confédération devrait être évaluée de façon plus générale. Compte tenu des observations que j’ai faites plus tôt, j’accepte cet argument. L’arrêt *Sobeys* nous enseigne que l’objectif est de trouver un «sens général et pratique de la compétence des cours visées à l’art. 96» (à la p. 289). Quatorze jours avant la Confédération, un large éventail de différends en matière de location résidentielle étaient tranchés par la Cour des plaids communs. Voilà la situation qui existait au moment où les Pères de la Confédération ont codifié les dispositions relatives à l’organisation du système judiciaire. À mon avis, il découle de ce qui précède que le critère a été respecté en ce qui concerne le Nouveau-Brunswick.

En Nouvelle-Écosse, les cours supérieures, la Halifax City Court et les juges de paix se partageaient le pouvoir de résoudre les différends en

Sobeys, it was held that while the Halifax City Court exercised jurisdiction over all contract actions originating within the city for sums not exceeding \$80, its geographical reach was too confined. Wilson J. rejected the argument that the jurisdiction of the Justices of the Peace over small claims for debt, when combined with the powers of the Halifax City Court, demonstrated a sufficient collective involvement by the inferior courts to meet the threshold test. However, in *Sobeys*, only contractual actions for unjust dismissal were at issue, and small claims in debt brought before a Justice of the Peace could not “be equated to jurisdiction over unjust dismissal”, an action for unliquidated damages (at p. 267).

In the case at bar, where jurisdiction over residential tenancy disputes is in question, the evidence clearly shows that small claims for rent could be heard by the Justices of the Peace throughout Nova Scotia in exercising their jurisdiction in debt. The Charter of the Halifax City Court gave it the power to determine most common law claims arising from the relationship of landlord and tenant. While a dispute over unpaid rent is only one of many which can arise between a landlord and residential tenant, it is not merely speculative to suggest that these claims are advanced with some frequency. There is no evidence before this Court relating to the prevalence of these claims before 1867, or the proportion they represented of the total number of adjudicated disputes, but approximately 40 percent of the complaints which result in legal action under the current system in Nova Scotia are of this variety. Given the enduring nature of the landlord-tenant relationship, it is not fanciful to conclude that a similar percentage would have obtained before 1867.

matière de location résidentielle. Dans *Sobeys*, il a été jugé que même si la Halifax City Court avait compétence sur toutes les actions contractuelles prenant naissance dans cette ville et mettant en jeu des sommes d’au plus 80 \$, sa compétence territoriale était toutefois trop limitée. Le juge Wilson a rejeté l’argument que la compétence des juges de paix en matière de petites créances, conjuguée aux pouvoirs de la Halifax City Court, démontrait l’existence d’un rôle collectif suffisant des tribunaux inférieurs pour satisfaire au critère préliminaire. Toutefois, dans *Sobeys*, seules les actions contractuelles pour congédiement abusif étaient en cause, et la compétence des juges de paix en matière de petites créances ne pouvait «être assimilée à une compétence en matière de congédiement abusif», situation qui donne lieu à des actions en dommages-intérêts non déterminés (à la p. 267).

En l’espèce, où la compétence à l’égard des différends concernant la location résidentielle est en cause, la preuve établit clairement que, partout en Nouvelle-Écosse, les demandes de recouvrement de petites créances pour loyer impayé pouvaient être entendues par les juges de paix, dans l’exercice de leur compétence en matière de créances. En vertu de sa charte, la Halifax City Court était habilitée à statuer sur la plupart des demandes de recouvrement en common law découlant de rapports entre propriétaires et locataires. Bien que les différends en matière de loyers impayés ne sont que l’un des nombreux types de litiges susceptibles de surgir entre propriétaires et locataires, il n’est pas purement hypothétique d’avancer que les réclamations de ce genre sont assez fréquentes. Aucune preuve n’a été présentée à notre Cour relativement à la fréquence de ces demandes de recouvrement avant 1867, ou à leur proportion par rapport au nombre total de différends qui étaient tranchés, mais environ 40 p. 100 des plaintes qui donnent lieu à des actions en justice sous le régime actuel en Nouvelle-Écosse appartiennent à cette catégorie. Vu la nature peu changeante des rapports entre propriétaires et locataires, il n’est pas exagéré de conclure que le pourcentage aurait été similaire avant 1867.

86

I would also observe that this Court in *Grondin*, *supra*, found that the Montreal Recorder's Court, which exercised a jurisdiction virtually identical to that of the Halifax City Court, and the Commissioner's Courts together evinced a sufficient practical involvement by the inferior courts in Lower Canada to sustain legislation similar to that at issue here. It must be remembered that the test for concurrency does not demand perfect jurisdictional reciprocity, only that the practical role of the inferior court have been "broadly co-extensive" with that of the superior courts.

87

The majority of the Court of Appeal concluded that the decision of the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court in *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38, leave to appeal refused, [1983] 1 S.C.R. 55, which struck down the adjudication provisions of an earlier incarnation of residential tenancies legislation in Nova Scotia, determined the outcome of the historical inquiry for Nova Scotia. In *Re Burke and Arab*, the court followed its previous finding in *Re Attorney-General of Nova Scotia and Gillis* (1980), 111 D.L.R. (3d) 349, to the effect that the superior courts had always exercised "power to determine title as between subject and subject" (p. 355). As Freeman J.A. correctly observed in the Court of Appeal in this case, the question before the court in both cases was one which focused on determining whether the jurisdiction of the Nova Scotia Supreme Court before Confederation included powers analogous to those exercised by the tribunal. *Grondin* now instructs that if the jurisdiction was sufficiently concurrent with the inferior courts, the transfer of power will be upheld. There is no indication that the court in *Re Burke and Arab* considered the evidence placed before this Court of the meaningful involvement of Nova Scotia's inferior courts in residential tenancies matters. Accordingly, I find that that case does not stand in the way of the conclusion that the inferior courts exercised important powers over landlord-

Je ferais remarquer également que dans *Grondin*, précité, notre Cour a statué que, ensemble, la Cour du recorder de Montréal — qui exerçait une compétence pratiquement identique à celle de la Halifax City Court — et les cours des commissaires exerçaient en la matière des pouvoirs démontrant l'existence d'un engagement pratique des tribunaux inférieurs du Bas-Canada suffisant pour valider des dispositions législatives similaires à celles qui sont en cause en l'espèce. Il convient de rappeler que le critère relatif à la compétence concurrente n'exige pas une réciprocité parfaite des pouvoirs, mais seulement que le rôle pratique joué par le tribunal inférieur ait été «généralement parallèle» à celui des cours supérieures.

La Cour d'appel a conclu à la majorité que la décision de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans *Re Burke and Arab* (1981), 130 D.L.R. (3d) 38, autorisation de pourvoi refusée, [1983] 1 R.C.S. 55, qui a annulé les dispositions relatives aux pouvoirs décisionnels qui étaient prévues par une version antérieure de la loi sur la location résidentielle en Nouvelle-Écosse, avait réglé l'issue de l'analyse historique en ce qui concerne la Nouvelle-Écosse. Dans *Re Burke and Arab*, la cour a conclu, comme elle l'avait fait dans *Re Attorney-General of Nova Scotia and Gillis* (1980), 111 D.L.R. (3d) 349, que les cours supérieures ont toujours exercé le [TRADUCTION] «pouvoir de décider des litiges entre particuliers concernant des droits» (p. 355). Comme l'a avec raison fait remarquer le juge Freeman pour la Cour d'appel dans le présent cas, dans ces deux affaires la cour devait essentiellement déterminer si la compétence de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse avant la Confédération incluait des pouvoirs analogues à ceux exercés par le tribunal en cause. Aujourd'hui, il découle de l'arrêt *Grondin* que, si la compétence était exercée de façon suffisamment concurrente par les tribunaux inférieurs, le transfert de pouvoirs sera jugé valide. Rien n'indique que, dans *Re Burke and Arab*, la cour a examiné la preuve qui a été soumise à notre Cour relativement au rôle appréciable joué par les tribunaux inférieurs de la Nouvelle-Écosse en matière de location résidentielle. Par conséquent, je suis d'avis que cet arrêt n'empêche pas de con-

tenant disputes in Nova Scotia at the time of Confederation.

Turning to the situation in Quebec, as previously noted, this Court ruled in *Grondin, supra*, that similar dispute resolution powers to those at issue in this case were shared by the superior and inferior courts in Lower Canada before Confederation. Both the majority and dissenting justices in the Court of Appeal in this case accepted that inferior court jurisdiction over residential tenancy disputes in Quebec before 1867 was sufficiently co-extensive with superior court jurisdiction to avoid trenching on s. 96. That finding was not seriously challenged on appeal, and I conclude that the historical threshold of validity has been met for Quebec.

In Upper Canada, now Ontario, the situation was substantially similar to that in Lower Canada, except that actions for possession of premises (ejectment) could be brought before the Montreal Recorder's Court but not the inferior Division Courts in Ontario. However, this remedy was potentially available only to the nine percent of Quebec's population that happened to reside within Montreal's city limits. Without minimizing the importance of ejectment as a remedy, in my opinion it should not be used to make a principled distinction between the provinces when it could only affect nine percent of the population. As noted, the search must be for a "general shared involvement" in the power, and the presence or absence of a single remedy should not be determinative.

The Division Court in Ontario exercised considerable jurisdiction over residential tenancies in Ontario prior to Confederation. In addition to its power to adjudicate disputes over debt, it could

clure que les tribunaux inférieurs exerçaient des pouvoirs importants à l'égard des différends entre propriétaires et locataires en Nouvelle-Écosse au moment de la Confédération.

Pour ce qui est de la situation au Québec, comme il a été indiqué précédemment, notre Cour a jugé dans *Grondin*, précité, qu'avant la Confédération les tribunaux inférieurs et les cours supérieures du Bas-Canada partageaient, en matière de règlement des différends, des pouvoirs analogues à ceux qui sont en cause dans le présent pourvoi. En l'espèce, tant les juges de la majorité que le juge dissident en Cour d'appel ont admis que, au Québec, la compétence qu'exerçaient les tribunaux inférieurs sur les différends en matière de location résidentielle avant 1867 était suffisamment parallèle à celle des cours supérieures pour éviter toute atteinte à l'art. 96. Cette conclusion n'a pas vraiment été contestée en appel, et je conclus que le critère préliminaire de validité sur le plan historique été satisfait dans le cas du Québec.

Dans le Haut-Canada, qui est aujourd'hui l'Ontario, la situation était essentiellement la même que dans le Bas-Canada, si ce n'est que là, les actions en reprise de possession des locaux (éviction) pouvaient être intentées devant la Cour du recorder de Montréal, alors qu'en Ontario elles ne pouvaient l'être devant les cours de division inférieures. Cependant, le recours susmentionné n'était ouvert qu'à seulement 9 p. 100 de la population québécoise, soit les personnes qui habitaient le territoire de la ville de Montréal. Sans minimiser l'importance de l'éviction en tant que recours, je suis d'avis que l'existence de ce recours ne devrait pas être utilisée pour établir, entre les provinces, une distinction fondée sur des principes, compte tenu que le recours en question ne visait que 9 p. 100 de la population. Comme il a été indiqué, il s'agit de déterminer s'il existait un «engagement général partagé» dans l'exercice de la compétence, et la présence ou l'absence d'un seul recours ne devrait pas être décisive.

Avant la Confédération, la Cour de division de l'Ontario exerçait une compétence considérable en matière de location résidentielle. Outre son pouvoir de statuer sur des litiges relatifs à des

88

89

90

decide actions for breach of covenant in a lease, replevin, distress, and personal actions for wrongful distress. The Court's monetary limit was not a practical limit since, as this Court noted in *Sobeys*, at p. 270, \$100 in 1867 "must be considered the equivalent of quite a substantial monetary jurisdiction today". The presiding judge in the Division Court was empowered to determine all questions of law and fact and could "make such orders, judgments or decrees thereupon as appear to him just and agreeable to equity and good conscience": *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, c. 19, s. 55(2). The jurisdictional ambit of the Division Courts would thus appear to have included most matters of dispute that could arise between landlords and tenants.

91

Against this evidence of substantial concurrency in Ontario, the respondent raises this Court's decision in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, where Dickson J. concluded that "[t]he settlement of disputes between landlords and tenants, including the termination of tenancies and eviction of tenants, has . . . always been within the exclusive jurisdiction of the Superior, District and County Court judges both before and after Confederation" (p. 738). The Court of Appeal accepted this as binding. In my view, it erred in doing so. The powers at issue in that case were narrowly defined, being limited to two remedies, and "no part of *The Residential Tenancies Act, 1979*, other than those sections empowering the Commission to issue compliance orders and eviction orders" was considered (*Re Residential Tenancies Act, 1979*, at p. 720). Dickson J. was not concerned with the broad range of disputes considered in *Grondin* and which are at issue on this appeal. His reference to the superior courts' exclusive jurisdiction must be understood in this light. As Freeman J.A. held, "[t]he actual result in *Residential Tenancies* is no

créances, elle était habilitée à juger les actions intentées pour violation des obligations d'un bail, les actions en *replevin*, les actions en saisie-gagerie et les actions personnelles pour saisie-gagerie abusive. Le plafond pécuniaire imposé à la Cour de division n'était pas une limite pratique car, comme l'a fait remarquer notre Cour dans *Sobeys*, à la p. 270, la limite de 100 \$ qui était fixée en 1867 «doit être considérée comme l'équivalent d'une compétence monétaire fort substantielle de nos jours». Le juge qui présidait la Cour de division était habilité à trancher toutes les questions de droit et de fait, et il pouvait [TRADUCTION] «rendre à cet égard les ordonnances et les jugements qu'il estim[ait] justes et conformes à l'*equity* et à sa bonne conscience»: *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, ch. 19, par. 55(2). Il semble donc que la compétence des Cours de division s'étendait à la plupart des différends susceptibles de surgir entre propriétaires et locataires.

À l'encontre de cette preuve concernant l'existence d'une compétence concurrente substantielle en Ontario, l'intimé invoque la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, où le juge Dickson a conclu que «[t]ant avant qu'après la Confédération, les cours supérieures, de comté ou de district ont [. . .] toujours exercé une compétence exclusive sur le règlement des litiges entre propriétaires et locataires, y compris la résiliation des baux et l'éviction des locataires» (p. 738). La Cour d'appel a estimé être liée par cette conclusion. Je suis d'avis que, ce faisant, elle a commis une erreur. Les pouvoirs en question dans cette affaire étaient étroitement circonscrits, se limitant à deux recours, et «aucune disposition de la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, autre que les articles accordant à la Commission le pouvoir d'évincer les locataires et d'exiger le respect de la Loi» n'a été examinée. (*Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, à la p. 720). Le juge Dickson n'avait pas à tenir compte du large éventail de différends qui ont été examinés dans *Grondin* et qui sont en cause dans le présent pourvoi. C'est sous cet éclairage qu'il faut interpréter ses propos concernant la compétence exclusive des cours supérieures. Comme a conclu le juge

more binding in the present reference than it was in *Grondin*" (p. 185).

In summary, the evidence adduced in this case demonstrates that the superior courts of Canada did not enjoy exclusive jurisdiction over tenancy disputes at the time of Confederation. In every former colony inferior courts exercised a significant concurrent jurisdiction at or about the time of Confederation. It follows that the Nova Scotia House of Assembly's conferral of jurisdiction over residential tenancies on a provincially appointed tribunal does not violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

While this is sufficient to dispose of the appeal, I propose to consider the alternative argument that the legislation at issue confers a "novel jurisdiction" neither exercised nor contemplated by any court at the time of Confederation. In my view, the power conferred on provincially appointed officials by the legislation here at issue does not represent a new jurisdiction, but rather simply a reorganization for administrative reasons of a jurisdiction which has been exercised by superior and inferior tribunals in Canada since before Confederation.

If a power is new, there can be no conflict with s. 96, since it cannot have been within the jurisdiction of the superior courts at the time of Confederation. Section 96 cannot be infringed by the conferral of a jurisdiction that the superior courts never exercised before 1867. The historical inquiry undertaken in the first step of the *Residential Tenancies* test searches for pre-Confederation analogs of the superior court jurisdiction at issue. If none are found, the grant of power is valid: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.). In *John East*, the Privy Council held that the modern system of collective bargaining in industrial relations was sufficiently distinct from the traditional 19th cen-

Freeman, [TRADUCTION] «[L]e résultat concret du *Renvoi sur la location résidentielle* n'a pas un caractère plus obligatoire dans le présent renvoi qu'il n'en avait dans *Grondin*» (p. 185).

Bref, la preuve produite en l'espèce démontre que les cours supérieures au Canada n'avaient pas compétence exclusive sur les différends en matière de location à bail au moment de la Confédération. Dans chacune des anciennes colonies, les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence concurrente appréciable à cet égard au moment de la Confédération ou à cette époque. Il s'ensuit que l'attribution, par la Chambre d'assemblée de la Nouvelle-Écosse, de pouvoirs en matière de location résidentielle à un tribunal de constitution provinciale ne porte pas atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Bien que cette conclusion soit suffisante pour trancher le pourvoi, je me propose d'examiner l'argument subsidiaire que les dispositions législatives en cause en l'espèce confèrent une «compétence nouvelle» qui n'était ni exercée ni envisagée par quelque tribunal que ce soit au moment de la Confédération. À mon avis, le pouvoir conféré à des personnes nommées par la province par les dispositions législatives en litige ne constitue pas une compétence nouvelle, mais plutôt simplement la réorganisation, pour des raisons d'ordre administratif, d'une compétence exercée par les tribunaux supérieurs et inférieurs au Canada depuis une époque antérieure à la Confédération.

Si une compétence est nouvelle, il ne peut alors y avoir de conflit avec l'art. 96, puisque cette compétence n'a pu relever d'une cour supérieure au moment de la Confédération. L'attribution d'une compétence que les cours supérieures n'ont jamais exercée avant 1867 ne peut porter atteinte à l'art. 96. L'analyse historique amorcée à la première étape du critère énoncé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* vise à trouver des pouvoirs antérieurs à la Confédération et analogues à la compétence en litige de la cour supérieure. Si aucun pouvoir de la sorte n'est trouvé, l'attribution de la compétence est valide: *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (C.P.). Dans l'arrêt *John East*, le

92

93

94

tury conceptualization of the master-servant relationship, as expressed through individual contracts of employment, to constitute a novel jurisdiction. Similarly, in *Sobeys*, La Forest J. held in a concurring minority judgment that a comprehensive regime of new rights and entitlements for unorganized workers amounted to a new jurisdiction. A jurisdiction historically exercised by the superior courts may also cease to be analogous if its current manifestation is animated by a distinctly different organizational or operational principle or philosophy. Hence, the majority of this Court in *Reference Re Young Offenders Act* also reasoned that a comprehensive legislative scheme for young offenders, treating a discrete class of individuals differently by emphasizing rehabilitation rather than punishment, constituted a new jurisdiction which could be conferred on youth courts without violating the strictures of s. 96.

Conseil privé a statué que le régime moderne de négociation collective dans le domaine des relations industrielles était suffisamment distinct de la conception traditionnelle au XIX^e siècle des rapports commettant-préposé, telle qu'elle s'exprimait dans différents contrats de travail individuels, pour constituer une nouvelle compétence. De même, dans l'arrêt *Sobeys*, le juge La Forest a conclu, dans un jugement minoritaire concordant, qu'un régime exhaustif de droits applicable aux travailleurs non syndiqués équivalait à une nouvelle compétence. Une compétence historiquement exercée par les cours supérieures peut également perdre son caractère analogue si sa manifestation courante est animée par une philosophie ou des principes opérationnels ou organisationnels nettement différents. Ainsi, la majorité de notre Cour a, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, raisonné qu'un régime complet de mesures législatives à l'intention des jeunes contrevenants, qui réserve un traitement différent à une catégorie distincte de la population en mettant l'accent sur la réadaptation plutôt que sur le châtement, constituait une compétence nouvelle qui pouvait être conférée à des tribunaux de la jeunesse sans contrevenir aux restrictions prévues par l'art. 96.

95 In my respectful view, the legislation here at issue does not meet the test for novel jurisdiction set out in these authorities. The powers conferred are clearly analogous to those exercised by the courts in 1867. In *Re Residential Tenancies Act, 1979* Dickson J. prefaced his judgment with the observation that "[t]he resolution of disputes between landlords and tenants has long been a central preoccupation of the common law courts" (p. 718). The purpose of the Act was not to create a new jurisdiction, but "to transfer jurisdiction over a large and important body of law" (p. 747). Dickson J. summarily dismissed the suggestion that a new jurisdiction was involved: "the jurisdiction sought to be transferred is precisely the same as that which was previously, and is presently, exercised by the courts" (p. 748).

À mon humble avis, les dispositions législatives en cause dans le présent pourvoi ne satisfont pas au critère relatif à la compétence nouvelle énoncé dans ces arrêts. Les pouvoirs conférés sont visiblement analogues à ceux qu'exerçaient les tribunaux en 1867. Dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, le juge Dickson a, au début de ses motifs, fait remarquer que «[l]e règlement des conflits entre propriétaires et locataires a toujours grandement préoccupé les tribunaux de *common law*» (p. 718). L'objet de la Loi n'était pas de créer une compétence nouvelle, mais «de transmettre [...] la compétence sur une partie importante du droit» (p. 747). Le juge Dickson a rejeté sommairement l'argument qu'une compétence nouvelle était concernée: «la juridiction que l'on cherche à attribuer est précisément celle que les cours exercent et exerçaient antérieurement» (p. 748).

The adjudicative aspects of the legislation in this case are fundamentally similar to those in *Re Residential Tenancies Act, 1979* and *Grondin*, although considerably briefer than either the 1979 Ontario Act or other comparable contemporary provincial statutes. If anything, the Act provides a less comprehensive code than the Ontario scheme at issue in *Re Residential Tenancies Act, 1979* which combined administrative provisions for rent review and an advisory bureau with those setting out the judicial functions of the Residential Tenancy Commission.

The legislation here at issue codifies the existing law and establishes an impartial dispute resolution mechanism for landlords and tenants. Both the Director and the Board decide disputes between the parties. The parties present evidence and make submissions. Appeals are allowed and orders can be enforced by the parties as orders of the court. This is exactly the sort of work courts have traditionally done in relation to residential tenancy disputes. One looks in vain for the additional powers that may serve to make new soup of this old broth. Unlike the Director of Labour in *Sobeys*, the Director here does not have “carriage of the action” before the Board. The Director does not enforce standards or advocate on behalf of a group that the legislation protects. The Act proclaims no new policy aims to guide the Director or Board in interpreting and enforcing the Act. Nor does it consolidate and unify a disparate assemblage of statutes in order to present a comprehensive and principled new scheme of protection. Indeed, the 1992 amendments removed the Board’s previous authority under s. 18(4) of the Act to “provide and disseminate information concerning rental practices, rights and remedies” and to “give advice and direction to landlords and tenants in disputes”: *An*

Les aspects juridictionnels des dispositions législatives en litige dans le présent cas sont fondamentalement similaires à ceux qui étaient en cause dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle* et dans *Grondin*, quoique considérablement plus concis que dans la Loi ontarienne de 1979 ou d’autres lois provinciales contemporaines comparables. Au contraire, la Loi établit un code moins exhaustif que le régime ontarien examiné dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, qui comportait à la fois des dispositions de nature administrative pourvoyant à la révision des loyers et créant un bureau consultatif, et des dispositions énonçant les fonctions judiciaires de la commission de location résidentielle.

En l’espèce, les dispositions en cause codifient le droit existant et établissent un mécanisme impartial de règlement des différends à l’intention des propriétaires et des locataires. Tant le directeur que la commission tranchent des différends entre les parties, qui présentent des éléments de preuve et des observations. Les appels sont permis et les parties peuvent faire exécuter les ordonnances en tant qu’ordonnances de la cour. Voilà exactement le genre de fonctions dont les cours de justice se sont traditionnellement acquittées relativement aux différends en matière de location résidentielle. On y cherche en vain des pouvoirs supplémentaires qui permettraient de faire de ce vieux bouillon une nouvelle soupe. Contrairement au directeur des relations du travail dans l’arrêt *Sobeys*, le directeur en l’espèce n’a pas «l’initiative de l’action» devant la commission. Il ne fait pas respecter des normes, pas plus qu’il ne défend les intérêts d’un groupe protégé par les dispositions législatives. La Loi ne proclame pas d’objectifs politiques nouveaux visant à guider le directeur ou la commission dans l’interprétation et l’application de la Loi. Elle n’a pas pour objet de codifier et d’unifier un ensemble hétéroclite de lois en vue d’établir un nouveau régime de protection complet et structuré. De fait, les modifications de 1992 ont retiré à la commission le pouvoir qu’elle avait jusque-là, en vertu du par. 18(4) de la Loi, de [TRADUCTION] «donner et de diffuser des renseignements concernant les pratiques, les droits et les recours en matière de location» et de «donner des conseils et des indications

Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, s. 8(2).

aux propriétaires et aux locataires dans le cadre des différends»: *An Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act*, par. 8(2).

98 Lamer C.J. in *Reference Re Young Offenders Act* and La Forest J. in *Sobeys* identified organizing principles and philosophies in the respective legislative schemes under consideration in those cases which were distinctly different from the conceptual basis for the powers exercised by the courts at the time of Confederation. A rehabilitative regime designed specifically for young offenders can be seen as novel in comparison with the criminal law of the 19th century, which emphasized punishment scaled to the crime regardless of the miscreant's age. Similarly, a labour relations code calculated to extend many of the benefits of collective bargaining to unorganized workers might be construed as creating an innovative jurisdiction, a finding consistent with the conclusion of the Privy Council in *John East*. By contrast, the legislation here at issue evinces no new defining social purpose capable of transforming traditional s. 96 powers into something so new and different that they defy the search for pre-Confederation antecedents.

Le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* et le juge La Forest dans *Sobeys* ont dégagé les assises philosophiques et les principes structurels des régimes législatifs en cause dans chacune de ces affaires, assises et principes qui étaient nettement différents des fondements conceptuels des pouvoirs exercés par les cours au moment de la Confédération. Un régime de réadaptation conçu expressément pour les jeunes contrevenants peut être considéré comme une nouveauté en comparaison du droit criminel du XIX^e siècle, qui mettait l'accent sur l'application d'une peine proportionnelle au crime, sans égard à l'âge du scélérat. De même, un code des relations du travail destiné à étendre aux travailleurs non syndiqués bon nombre des avantages de la négociation collective pourrait être considéré comme créant une compétence nouvelle, conclusion qui est compatible avec celle tirée par le Conseil privé dans *John East*. À l'opposé, il ne se dégage des dispositions législatives contestées en l'espèce aucun objectif social nouveau et marquant, capable de transformer des compétences traditionnelles visées à l'art. 96 en compétences si nouvelles et différentes qu'elles résistent à la recherche de précédents antérieurs à la Confédération.

99 The Chief Justice bases his case for novel jurisdiction on the premise that the concept of residential tenancy is "largely a phenomenon of modern and urban society" (para. 41). However, while there is little doubt that the process of urbanization has increased the number of residential tenants living in cities, the number of people renting premises as a percentage of the total population appears to have remained relatively constant over the years. Indeed, the respondent cites census figures which show that the proportion of renters actually declined by four percent from 1921 to 1991.

Le Juge en chef fonde sa conclusion qu'il s'agit d'une compétence nouvelle sur la prémisse que le concept de location résidentielle est «dans une large mesure, un phénomène propre aux sociétés urbaines modernes» (par. 41). Or, s'il ne fait guère de doute que l'urbanisation a eu pour effet d'accroître le nombre de locataires habitant les villes, la proportion en pourcentage des personnes qui louent des locaux par rapport à la population totale semble être demeurée relativement constante au fil des ans. De fait, l'intimé cite des chiffres tirés de recensements qui démontrent que la proportion des locataires a de fait diminué de 4 p. 100 de 1921 à 1991.

More importantly, it is difficult, with respect, to see how the increased urbanization of residential tenancy suffices to transform the subject matter of the jurisdiction. One might make the same argument with respect to crime. There was much less crime at the time of Confederation. Moreover, crime today, unlike then, is largely an urban phenomenon. Does this mean that the powers courts exercise in modern criminal trials are not analogous to the powers courts exercised in criminal trials before 1867? Moreover, the significance of the distinction between urban and agricultural residential leases is difficult to grasp. The legislation applies to both, and bears no evidence at being directed at a peculiarly urban problem. Residential leases may be properly contrasted with commercial leases, but not with rural leases, which often were and are concerned with residential premises. As well, it is clear that residential tenancy disputes arose with enough frequency in urban areas before Confederation to warrant empowering strictly urban courts, like the Halifax City Court, to deal with such disputes. Section 123 of *An Act concerning the City of Halifax*, S.N.S. 1864, 27 Vict., c. 81, was not restricted to commercial leases:

123. The city court shall also try and determine in a summary way without a jury, all cases of forcible entry and detainer, and over-holding lands, houses, and tenements by the tenants, upon a summons at the suit of the landlord [Emphasis added.]

While neither the common law nor statute singled out residential tenancies in 1867, that does not mean they did not exist, or that disputes were not resolved by the ordinary application of the law.

The Chief Justice also suggests that the consolidation of residential tenancy remedies in legislation somehow changes the essential subject matter:

Fait plus important encore, en toute déférence, il est difficile de voir comment le fait que la location résidentielle soit un phénomène de plus en plus urbain pourrait suffire pour transformer l'objet de la compétence. Le même argument pourrait être invoqué à l'égard du crime. Beaucoup moins de crimes étaient commis au moment de la Confédération. En outre, de nos jours contrairement à cette époque, le crime est un phénomène largement urbain. Doit-on en conclure que les compétences exercées par les tribunaux dans le cadre des procès criminels modernes ne sont pas analogues à celles qu'ils exerçaient dans le cadre de tels procès avant 1867? Par ailleurs, l'importance de la distinction entre les baux résidentiels en milieu urbain et en milieu agricole est difficile à saisir. Les dispositions législatives s'appliquent aux deux catégories, et rien n'indique qu'elles visent un problème particulièrement urbain. Les baux résidentiels peuvent, à juste titre, être distingués des baux commerciaux, mais pas des baux ruraux qui souvent, tant à cette époque qu'aujourd'hui, visaient des habitations. De même, il est évident que les différends en matière de location résidentielle surgissaient assez fréquemment dans les régions urbaines avant la Confédération pour justifier que l'on habilite des tribunaux strictement urbains, comme la Halifax City Court, à statuer sur de tels différends. L'article 123 de la loi intitulée *An Act concerning the City of Halifax*, S.N.S. 1864, 27 Vict., ch. 81, ne se limitait pas aux baux commerciaux:

[TRADUCTION] 123. La cour de la cité s'efforce également de trancher, par voie de procédure sommaire et sans jury, tous les cas de prise de possession et détention par la force et d'occupation après terme de bien-fonds, de résidences et autres immeubles par les locataires, sur sommation à l'initiative du propriétaire . . . [Je souligne.]

Même si ni la common law ni la loi ne traitaient de façon particulière des baux de location résidentielle en 1867, il n'en découle pas pour autant que ceux-ci n'existaient pas ou que les différends en la matière n'étaient pas réglés par l'application ordinaire du droit.

Le Juge en chef avance également que le regroupement des recours en matière de location résidentielle dans les dispositions législatives en modifie

“the purpose of the Nova Scotia statute — to provide a complete and comprehensive code to govern residential tenancies — would have sounded strange to the ears of the legislature of 1867” (para. 47). So, one might venture, would the notion of a criminal code have sounded strange to 1867 ears; criminal codes were first introduced at the turn of the century and still sound strange to some English ears. Codifying law cannot by definition create a new jurisdiction, since codification necessarily presumes the jurisdiction previously existed. Covering an existing body of law with a new statutory wrapper does not make it novel.

d’une certaine manière l’objet essentiel: «l’objet de la loi de la Nouvelle-Écosse — c’est-à-dire l’établissement d’un code exhaustif régissant la location résidentielle — [TRADUCTION] ‘aurait paru étrange aux membres de la législature en 1867’» (par. 47). En conséquence, ne pourrait-on pas prétendre que l’idée d’un code criminel aurait paru étrange en 1867? Les codes criminels ont été introduits pour la première fois vers la fin du siècle dernier et ils demeurent étranges aux yeux de certains Anglais. La codification de règles de droit ne peut, par définition, créer une compétence nouvelle, puisqu’elle suppose nécessairement que la compétence existait déjà. Couvrir un ensemble de règles de droit existantes d’un nouveau manteau législatif n’en fait pas des règles nouvelles.

102 The Chief Justice suggests that the jurisdiction is novel because it moves away from the contractual and leasehold bases of landlord-tenant law, arguing that the legislation at issue “represented a shift towards the policy view that the law respecting residential tenancies should be neither leasehold nor contractual but rather should involve a distinct, comprehensive statutory code governing the residential tenancies relationship” (para. 51). But, as Dickson J. cautioned in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, “mere alteration in rules cannot change the substance of things or prevent the drawing of analogies” (p. 738). The fact that “different considerations” might guide the Director and Board in the discharge of their adjudicative functions, and the rules governing those responsibilities may have been “altered somewhat since 1867”, cannot detract from the inescapable conclusion that the powers at issue “are not merely analogous to those (pre-1867) powers but are the same powers” (p. 737).

Le Juge en chef affirme que la compétence est nouvelle parce qu’elle s’écarte des aspects du droit relatif à la location immobilière qui sont fondés sur le droit des contrats et de la tenure à bail, et il avance que la loi en cause «a constitué un changement d’orientation en faveur du principe que le droit régissant la location résidentielle ne devrait relever ni de la tenure à bail ni des contrats, mais plutôt faire l’objet d’un ensemble de mesures législatives distinctes et exhaustives régissant les rapports en la matière» (par. 51). Or, pour reprendre la mise en garde formulée par le juge Dickson dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, «une simple modification aux règles ne peut changer la nature du recours ni empêcher de faire des comparaisons» (p. 738). Le fait que le directeur et la commission «ne procéderai[en]t pas de la même façon» pour s’acquitter de leurs fonctions décisionnelles et que les règles régissant ces responsabilités aient pu «chang[er] quelque peu depuis 1867» n’empêche toutefois pas la conclusion inéluctable que les pouvoirs en litige «ne sont pas seulement analogues à ces pouvoirs (d’avant 1867) mais sont les mêmes» (p. 737).

103 Moreover, the Act does not fundamentally change the leasehold and contractual nature of residential tenancies. The Act does not substitute fundamentally new statutory duties for the principles of contract and property law. The lease still governs the rights and obligations of the parties. The

En outre, la Loi ne modifie pas fondamentalement le fait que la location résidentielle tient de la nature du contrat et de la tenure à bail. La Loi ne substitue pas des devoirs d’origine législative fondamentalement nouveaux aux principes du droit des contrats et du droit des biens. Le bail continue

lease is a contract. This contract defines and assigns the rights and obligations of the lessor and lessee, owner and fix-term occupant, two *personae* well known to property law. Disputes are still resolved by interpreting the lease and applying it to the evidence. The legislation simply ensures that certain terms which may or may not have been consensually reached by the parties to the lease are included as a matter of statute. Standardized statutory terms themselves have become well known to property and contract law.

It may also be noted that the vast majority of the terms imposed by the legislation here at issue would have been express or implied in leases of the 19th century: for example, the landlord is held responsible for keeping the premises in a “good state of repair”, and the tenant is obliged to maintain the ordinary cleanliness of the interior. Some terms reflect relatively recent innovations of the common law — for example, the obligation to mitigate upon abandonment — but do not represent a doctrinal transmogrification; their incorporation simply mirrors incremental adjustments to the common law of leases. While the fact that the parties cannot contract out of these statutory conditions may represent an attempt to redress the imbalance of power inhering in the landlord-tenant relationship, this does not change the fact that the medium by which this is done is the traditional law of contract and lease. The relationship of landlord to residential tenant continues to be based on property law and the law of contract and tort, whether it is expressed through the common law or in statutes.

Finally, the Chief Justice alludes to the policy goals of the legislation as a basis for inferring novel jurisdiction. Again, the imposition of a few new obligations cannot suffice to create a new jurisdiction; it is difficult to think of a legislative

de régir les droits et les obligations des parties. Le bail est un contrat. Ce contrat définit les droits et les obligations respectifs du locateur et du locataire, du propriétaire et de l’occupant pour une période déterminée, deux acteurs bien connus du droit des biens. Les différends continuent d’être réglés par l’interprétation du bail et par l’application de celui-ci à la preuve. Les dispositions législatives ne font que garantir que certaines conditions dont les parties au bail peuvent ou non avoir convenu sont incluses dans celui-ci sous l’effet de la loi. Certaines conditions d’origine législative sont d’ailleurs bien connues aujourd’hui en droit des biens et en droit des contrats.

Il convient également de faire remarquer que la grande majorité des conditions imposées par les dispositions législatives contestées en l’espèce auraient été expresses ou implicites dans les baux du XIX^e siècle. Par exemple, le propriétaire a la responsabilité de garder les lieux «en bon état», alors que le locataire a l’obligation de maintenir l’intérieur dans un bon état de propreté. Certaines conditions reflètent des innovations relativement récentes de la common law — l’obligation d’atténuer les conséquences en cas de délaissement par exemple — mais elles ne représentent pas une métamorphose doctrinale. Leur incorporation ne fait que refléter l’évolution graduelle des règles de la common law en matière de location à bail. Même si le fait que les parties ne peuvent par contrat se soustraire à ces conditions légales peut constituer une tentative de corriger le déséquilibre inhérent au rapport de force entre propriétaires et locataires, il n’en reste pas moins que le moyen par lequel on y arrive est le droit traditionnel des contrats et de la location à bail. Les rapports entre propriétaires et locataires résidentiels demeurent fondés sur le droit des biens, le droit des contrats et celui de la responsabilité civile délictuelle, que ces règles soient exprimées dans la common law ou dans des lois.

Enfin, le Juge en chef s’appuie sur les objectifs généraux visés par les dispositions législatives pour déduire qu’il s’agit d’une compétence nouvelle. Encore une fois, l’imposition de quelques nouvelles obligations ne peut suffire pour créer une

scheme or statute that does not do this. Nor is the fact that the legislation apparently seeks to address a perceived social priority sufficient to create a new jurisdiction; again, most legislative schemes do so. What is required to create a new jurisdiction is a unifying concept or goal, and a sufficiently novel philosophy to belie any analogy with the powers previously exercised by superior courts. The legislation at issue here does not, in my respectful view, meet this test.

compétence nouvelle; en effet, il est difficile d'imaginer un régime législatif ou une loi qui ne le fasse pas. Le fait que les dispositions législatives visent apparemment à répondre à ce qu'on perçoit comme une priorité sociale ne crée pas une compétence nouvelle; encore une fois, la plupart des régimes législatifs en font autant. La création d'une compétence nouvelle exige la présence d'un concept ou d'un objectif unificateur, de même qu'une philosophie suffisamment nouvelle pour réfuter toute comparaison avec des pouvoirs antérieurement exercés par les cours supérieures. À mon humble avis, les dispositions législatives en litige dans le présent pourvoi ne satisfont pas à ce critère.

106

I have treated the issue of novel jurisdiction at some length out of a concern that too liberal an application of this concept may trivialize the three-part test for conferring superior court powers on provincially or federally appointed bodies. The factors cited in this case in support of the novel jurisdiction argument have the potential to permit any transfer of s. 96 powers to inferior tribunals. Virtually all types of disputes regulated by the superior courts at the time of confederation can be argued to have become modernized or urbanized. There are few social problems which came before the courts at the time of Confederation which have not been subjected to legislation effecting changes in the property law or contract law by which alone they were once regulated. The subdivision and amalgamation of subjects through codification in more comprehensive legislation, and the proclamation of new goals and priorities, are the routine stuff of every legislative and parliamentary agenda, year after year. If these are the criteria for novel jurisdiction, there must be little that cannot be removed from the s. 96 courts with impunity.

J'ai traité de la question de la compétence nouvelle en détail parce que je crains qu'une application trop libérale de ce concept puisse banaliser le critère à trois volets applicable en matière d'attribution de pouvoirs des cours supérieures à des organismes de constitution provinciale ou fédérale. Les facteurs énumérés en l'espèce au soutien de l'argument fondé sur l'existence d'une compétence nouvelle sont susceptibles de permettre n'importe quel transfert de compétences visées à l'art. 96 à des tribunaux inférieurs. Il est possible de prétendre que pratiquement tous les types de différends qui relevaient des cours supérieures au moment de la Confédération ont pris un caractère moderne ou urbain. Il existe peu de problèmes sociaux dont étaient saisis les tribunaux au moment de la Confédération qui n'ont pas fait l'objet de mesures législatives ayant eu pour effet d'apporter des changements aux règles du droit des biens ou du droit des contrats qui seules régissaient ces problèmes autrefois. La subdivision et la fusion de différents sujets, par voie de codification, dans un texte de loi plus complet, ainsi que la proclamation de nouveaux objectifs et de nouvelles priorités sont des mesures courantes des programmes législatifs et parlementaires, année après année. Si ce sont là les critères applicables pour décider de l'existence d'une compétence nouvelle, il reste alors peu de pouvoirs qui ne peuvent être retirés impunément aux cours visées à l'art. 96.

On a theoretical level, reliance on arguments of legislative policy in support of novel jurisdiction may be seen as conflating the first and third steps of the three-part test for infringement of s. 96. As noted, the purpose of the first two steps is to identify whether the law is one which has the potential to deprive the superior courts of the powers the Fathers of Confederation intended them to have. In keeping with this limited purpose, the issue at step one is best confined to an objective comparison of the nature of the powers conferred on the inferior tribunal and the powers exercised by superior courts at the time of Confederation to see if these powers are analogous. If they are, and if they are also shown to be judicial in nature as required by step two, the reviewing court passes to the third stage of the analysis to determine whether the analogous judicial power is transformed by the new legislative and administrative context in such a way that it is no longer a s. 96 power, but rather a power that is ancillary or necessarily incidental to the new scheme or legislative goal: *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*. To conclude at the outset that the administrative scheme or legislative goal makes the jurisdiction novel is to decide the entire issue of constitutionality at the first stage, without ever asking whether the power is merely ancillary to the administrative scheme or necessarily incidental to an otherwise valid legislative goal. This is not to say that a jurisdiction which is truly novel, either in the sense that new powers are being exercised or that the legislation reflects an entirely new approach to traditional concerns, should not be validated as insufficiently analogous to the powers exercised by the superior courts before Confederation. It is to say that the three-part test that this Court has scrupulously followed for 15 years is perfectly capable of ensuring the fulfillment of that objective.

107

Sur le plan théorique, le fait d'invoquer des arguments de politique législative pour étayer l'existence d'une compétence nouvelle peut être perçu comme la fusion des première et troisième étapes du critère relatif à la violation de l'art. 96. Comme il a été indiqué précédemment, l'objet des deux premières étapes est de déterminer si la loi risque de priver les cours supérieures de compétences que les Pères de la Confédération entendaient leur conférer. Conformément à cet objet restreint, il est préférable de confiner la première étape à une comparaison objective de la nature des pouvoirs conférés au tribunal inférieur et de ceux exercés par les cours supérieures au moment de la Confédération pour vérifier s'ils sont analogues. Le cas échéant, et si elle constate en outre que ces pouvoirs sont de nature judiciaire comme l'exige la deuxième étape, la cour chargée de l'examen passe à la troisième étape de l'analyse et détermine si le pouvoir judiciaire analogue est transformé par le nouveau contexte législatif et administratif à tel point qu'il cesse d'être un pouvoir visé à l'art. 96 et devient plutôt un pouvoir accessoire ou nécessairement accessoire du nouveau régime ou du nouvel objectif législatif: *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité. Conclure au départ que le régime administratif ou l'objectif législatif crée une compétence nouvelle revient à trancher toute la question de la constitutionnalité dès la première étape, sans jamais se demander si la compétence est simplement accessoire au régime administratif ou nécessairement accessoire à la réalisation d'un objectif législatif par ailleurs valide. Cela ne veut pas dire qu'une compétence vraiment nouvelle, en ce sens que de nouveaux pouvoirs sont exercés ou que la loi témoigne de l'application d'une approche entièrement nouvelle à des préoccupations traditionnelles, ne devrait pas être validée pour le motif qu'elle n'est pas suffisamment analogue aux pouvoirs qui étaient exercés par les cours supérieures avant la Confédération. Cela revient plutôt à dire que le critère à trois volets que notre Cour a scrupuleusement suivi pendant 15 ans est parfaitement capable de permettre la réalisation de cet objectif.

Conclusion

108 I conclude that the powers conferred on the Director of Residential Tenancies and the Residential Tenancies Board by the Act cannot violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because they were not within the exclusive purview of the superior courts at the time of Confederation. Accordingly, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal. I would answer the constitutional questions posed by the Chief Justice in the same manner.

The following are the reasons delivered by

109 GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice and of Justice McLachlin. While I agree with the framework set forth by the Chief Justice for the analysis of whether a jurisdiction conferred on courts is novel for the purpose of applying s. 96 of the *Constitution Act, 1867* including in particular the additional question which he puts, namely as to what courts would have been vested by the Legislature with the jurisdiction prior to Confederation, I am of the view, upon weighing the several aspects of the legislative scheme discussed by my colleagues, that it does not embody a sufficiently novel social philosophy or approach as to exclude analogy with jurisdiction assigned to the courts at the time of Confederation. The issue in this case is therefore properly answered by determining whether the challenged jurisdiction broadly conforms to one that was exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation and not substantially shared with inferior courts. For the reasons of McLachlin J., I share her conclusion “that the superior courts of Canada did not enjoy exclusive jurisdiction over tenancy disputes at the time of Confederation” and that “[i]n every former colony inferior courts exercised a significant concurrent jurisdiction at or about the time of Confederation” (para. 92). Consequently, I conclude that the impugned provisions of the *Residential Tenancies Act*, R.S.N.S. 1989, c. 401, do not violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and I concur with both the Chief Justice and McLachlin J. in allowing the appeal and dismissing the cross-appeal, and would

Conclusion

Je conclus que les pouvoirs conférés au directeur de la location résidentielle et à la commission de location résidentielle par la Loi ne peuvent porter atteinte à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu’ils ne relevaient pas de la compétence exclusive des cours supérieures au moment de la Confédération. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident. Je répondrais de la même manière que le Juge en chef aux questions constitutionnelles qu’il a formulées.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — J’ai eu l’avantage de lire les motifs du Juge en chef et ceux du juge McLachlin. Bien que je sois d’accord avec le cadre établi par le Juge en chef pour déterminer si une compétence conférée à des tribunaux est une compétence nouvelle aux fins de l’application de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, y compris, de façon plus particulière, la question supplémentaire qu’il pose, à savoir à quels tribunaux cette compétence aurait été conférée par la législature avant la Confédération, je suis d’avis, après avoir soupesé les divers aspects du régime législatif examiné par mes collègues, que celui-ci n’intègre pas une philosophie ou une approche sociale suffisamment nouvelle pour exclure toute analogie avec la compétence que possédaient les tribunaux au moment de la Confédération. Il est donc correct de répondre à la question en litige dans le présent pourvoi en déterminant si la compétence contestée est une compétence qui correspond généralement à celle qui était exercée par les cours supérieures, de comté ou de district au moment de la Confédération sans être partagée de façon appréciable avec les tribunaux inférieurs. Pour les motifs exprimés par le juge McLachlin, je partage la conclusion de cette dernière «que les cours supérieures au Canada n’avaient pas compétence exclusive sur les différends en matière de location à bail au moment de la Confédération» et que, «[d]ans chacune des anciennes colonies, les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence concurrente appréciable à cet égard au moment de la Confédération ou à cette époque» (par. 92). Je conclus donc que les

answer the constitutional questions posed in the same manner as the Chief Justice.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Alexander M. Cameron, Halifax.

Solicitor appointed to act as respondent: D. A. Rollie Thompson, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Isabelle Harnois and Jean Bouchard, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

dispositions contestées de la *Residential Tenancies Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 401, ne portent pas atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge McLachlin pour accueillir le pourvoi et rejeter le pourvoi incident, et je répondrais comme le Juge en chef aux questions constitutionnelles posées.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Procureur de l'appelant: Alexander M. Cameron, Halifax.

Procureur désigné pour agir à titre d'intimé: D. A. Rollie Thompson, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Isabelle Harnois et Jean Bouchard, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Alan M. Schwartz Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: SCHWARTZ v. CANADA

File No.: 24093.

1995: October 6; 1996: February 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Computation of income — Damages for cancellation of employment — Employment contract cancelled by employer before employee obliged to provide services — Whether damages received by employee taxable as income from unenumerated source or as retiring allowance — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 3(a), 56(1)(a)(ii).

Courts — Appellate court — Court of Appeal overturning trial judge's findings of fact with respect to apportionment of damages received by taxpayer for cancellation of employment contract — Whether Court of Appeal justified in interfering with trial judge's findings of fact — Principles to be followed by first and second appellate courts.

The appellant, a lawyer, accepted an offer of employment from a company in May 1988. The appellant was to receive a salary of \$250,000 annually as well as the option to acquire non-voting shares of the company. Both parties also agreed that he would start working upon completion of his assignment for the Government of Ontario. A few months later, the company informed the appellant that his services would not be required and offered him \$75,000 in exchange for a full and final release. The appellant refused the offer. In January 1989, he withdrew from his law partnership and commenced a new employment. Following negotiations, the appellant reached a settlement with the company which agreed to pay him \$360,000 as damages plus \$40,000 on account of costs. The Minister of National Revenue assessed the damages as constituting a "retiring allowance" taxable under s. 56(1)(a)(ii) of the *Income Tax Act*. The Tax Court of Canada set aside the Minister's

Alan M. Schwartz Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: SCHWARTZ c. CANADA

N° du greffe: 24093.

1995: 6 octobre; 1996: 22 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dommages-intérêts pour annulation d'emploi — Contrat de travail annulé par l'employeur avant que l'employé n'ait été tenu de fournir des services — Les dommages-intérêts touchés par l'employé sont-ils imposables à titre de revenu provenant d'une source non énumérée ou à titre d'allocation de retraite? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 3a), 56(1a)(ii).

Tribunaux — Cour d'appel — Cour d'appel écartant les conclusions de fait du juge de première instance concernant la répartition des dommages-intérêts touchés par un contribuable pour l'annulation d'un contrat de travail — La Cour d'appel était-elle fondée à modifier les conclusions de fait du juge de première instance? — Principes devant être suivis par les première et seconde cours d'appel.

L'appellant, qui est avocat, a accepté une offre d'emploi d'une société en mai 1988. Il devait toucher un salaire annuel de 250 000 \$ et avoir la faculté de se porter acquéreur d'actions sans droit de vote de la société. Les deux parties ont également convenu que l'appellant entrerait en fonction à la fin de son affectation auprès du gouvernement de l'Ontario. Quelques mois plus tard, la société a informé l'appellant qu'elle ne retiendrait pas ses services et lui a offert la somme de 75 000 \$ en contrepartie d'une quittance totale et définitive. L'appellant a décliné l'offre. En janvier 1989, il s'est retiré de son cabinet d'avocats et a commencé à travailler ailleurs. À la suite de négociations, un règlement est intervenu, la société acceptant de verser à l'appellant la somme de 360 000 \$ à titre de dommages-intérêts, plus 40 000 \$ pour les frais. Le ministre du Revenu national a considéré que les dommages-intérêts versés constituaient une «allocation de retraite» imposable en application du

assessment. The trial judge held that the damages were not a "retiring allowance" within the meaning of s. 248(1) of the Act. He also held that the damages were not "income from employment" under s. 3(a) of the Act, finding that there was no evidence indicating any allocation of the settlement amount and that the damages had been received in a small part, if any, for loss of income for future services and to a larger part, according to the evidence, for embarrassment, anxiety and inconvenience. The Federal Court of Appeal agreed with the trial judge that the damages did not constitute a retiring allowance but overturned his findings of fact relating to apportionment because he had omitted to consider relevant documentary evidence — two letters from the parties' solicitors — which was contradictory to the testimonial evidence given by the appellant. The court preferred the documentary evidence over the appellant's testimony and held that, on a balance of probabilities, \$75,000 had been allocated for loss of salary, \$267,000 for loss of the stock options, and \$18,000 for embarrassment, anxiety and inconvenience suffered by the appellant. The court held that compensation received by a person for the failure to receive a sum of money which, if it had been received, would have constituted income from employment, should be treated, for tax purposes, in the same way as if the sum of money had been received instead of the compensation. Accordingly, the court concluded that the damages relating to lost salary and stock options were taxable under s. 3(a) of the Act as income from employment.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: A first appellate court can only intervene in a trial judge's findings of fact where it can be established that he made a palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. A clear omission of evidence by the trier of fact is the kind of error that can and will justify a reassessment of the balance of probabilities taking into consideration the omitted elements by the appellate court. In order to disturb the trial judge's findings of fact, however, the first appellate court must come to the conclusion that the evidence in question and the error made by the trial judge in disregarding it were overriding and determinative in the

sous-al. 56(1)a(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La Cour canadienne de l'impôt a annulé la cotisation établie par le Ministre. Le juge de première instance a conclu que les dommages-intérêts ne constituaient pas une «allocation de retraite» au sens du par. 248(1) de la Loi. Il a également conclu que les dommages-intérêts ne constituaient pas un «revenu tiré d'un emploi» au sens de l'al. 3a) de la Loi, statuant qu'il n'y avait aucune preuve établissant une répartition du montant du règlement et qu'une petite partie, s'il en est, des dommages-intérêts obtenus correspondait à une perte de revenus pour services futurs, et une grande partie, selon la preuve, à l'embarras, à l'anxiété et au désagrément subis. La Cour d'appel fédérale a convenu, avec le juge de première instance, que les dommages-intérêts ne constituaient pas une allocation de retraite, mais elle a écarté ses conclusions de fait concernant la répartition des dommages-intérêts pour le motif qu'il n'avait pas tenu compte d'une preuve documentaire pertinente — deux lettres rédigées par les avocats des parties — qui contredisait la preuve testimoniale de l'appellant. La cour a préféré la preuve documentaire au témoignage de l'appellant et a conclu que, suivant la prépondérance des probabilités, la somme de 75 000 \$ avait été consentie pour la perte de salaire, celle de 267 000 \$ pour la perte des options d'achat d'actions et celle de 18 000 \$ pour le préjudice résultant de l'embarras, de l'anxiété et du désagrément subis par l'appellant. Elle a statué que l'indemnité qu'une personne touche au lieu d'une somme d'argent qui aurait constitué un revenu tiré d'un emploi devrait être traitée, aux fins de l'impôt, de la même manière que la somme d'argent l'aurait été si l'indemnité ne l'avait pas remplacée. La cour a donc conclu que les dommages-intérêts relatifs à la perte du salaire et des options d'achat d'actions étaient imposables en application de l'al. 3a) de la Loi, à titre de revenu d'emploi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Une première cour d'appel n'est fondée à modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance que s'il est possible d'établir que ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. L'omission manifeste du juge des faits de prendre en considération un élément de preuve est le genre d'erreur qui peut justifier et justifiera une nouvelle appréciation, par la cour d'appel, de la prépondérance des probabilités en tenant compte des éléments non considérés en première instance. Toutefois, pour pouvoir modifier les conclusions de fait du juge de première instance, la première cour d'appel doit con-

assessment of the balance of probabilities with respect to that factual issue. When a second appellate court agrees with the ground upon which the first appellate court intervened, the second appellate court can substitute its own assessment of the evidence for the first appellate court's. The first appellate court is not in a more advantageous or privileged position than the second appellate court in assessing the evidence and thus there is no reason why a second appellate court should show deference towards the first appellate court's assessment of the balance of probabilities. If the ground upon which a first appellate court relies to intervene is, in the opinion of a second appellate court, ill-founded, the trial judge's findings will be restored.

While the Minister should not have the burden of presenting, in every case where the apportionment of a general award is at issue, specific evidence amounting to an explicit expression of the parties' intention with respect to that question, there must be some evidence, in whatever form, from which the trial judge will be able to infer, on a balance of probabilities, which part of that general award was intended to compensate for specific types of damage. Here, the letters from the parties' solicitors, considered in the global evidentiary context of this case, are insufficient to serve as a basis for such an inference. These letters establish that in arriving at the final settlement amount, the parties considered losses of salary and stock options, but they do not constitute evidence as to what portion of the amount was allocated to such losses. The Federal Court of Appeal was thus wrong in concluding that the trial judge had failed to consider contradictory evidence and in interfering with his findings of fact regarding the apportionment. The court's conclusions as to the appellant's credibility — as opposed to those arrived at by the trial judge — also constitute in the present circumstances unjustified and inappropriate intervention by an appellate court on a matter which is at the core of a trial judge's duties. Since there is no evidence tending to establish specifically what portion of the amount was allocated to which head, the damages received by the appellant cannot, in whole or in part, be found to be taxable under s. 3(a) of the *Income Tax Act* as income from the employment contract.

clure que la preuve en cause et l'erreur commise par le juge de première instance en n'en tenant pas compte étaient dominantes et déterminantes dans l'appréciation de la prépondérance des probabilités relativement à cette question de fait. Lorsqu'elle est d'accord avec le motif pour lequel la première cour d'appel est intervenue, la seconde cour d'appel peut substituer sa propre appréciation de la preuve à celle effectuée par la première cour d'appel. La première cour d'appel n'est pas dans une situation plus avantageuse que la seconde cour d'appel pour apprécier la preuve, de sorte que rien ne justifie la seconde cour d'appel de faire preuve de retenue envers l'appréciation de la prépondérance des probabilités par la première cour d'appel. Lorsque le motif invoqué par la première cour d'appel pour intervenir n'est pas fondé selon la seconde cour d'appel, les conclusions du juge de première instance sont rétablies.

Même si le Ministre ne devrait pas être tenu de présenter, dans tous les cas où le litige porte sur la répartition d'une somme globale, un élément de preuve particulier équivalant à l'expression explicite de l'intention des parties à cet égard, il doit y avoir une certaine preuve, quelle qu'elle soit, qui permettra au juge de première instance de déduire, selon la prépondérance des probabilités, quelle partie de la somme globale était destinée à indemniser d'un préjudice donné. Compte tenu de l'ensemble de la preuve présentée en l'espèce, les lettres rédigées par les avocats des parties sont insuffisantes pour permettre de faire une telle déduction. Ces lettres établissent que, pour arriver au montant final du règlement, les parties ont tenu compte de la perte du salaire et des options d'achat d'actions, mais elles n'établissent pas quelle partie du montant a été attribuée à cette perte. La Cour d'appel fédérale a donc eu tort de conclure que le juge de première instance n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve contradictoires, et de modifier ses conclusions de fait concernant la répartition. Les conclusions de la cour concernant la crédibilité du témoignage de l'appelant — qui sont opposées à celles du juge de première instance — constituent également, dans les circonstances, une intervention injustifiée et inappropriée d'une cour d'appel à l'égard d'une question qui est au cœur des fonctions d'un juge de première instance. Vu l'absence de preuve tendant à établir précisément quelle partie du montant a été attribuée à un poste en particulier, les dommages-intérêts obtenus par l'appelant ne peuvent, en totalité ou en partie, être tenus pour imposables en application de l'al. 3a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à titre de revenu tiré du contrat de travail.

Taxability in this case should be assessed pursuant to the retiring allowances provisions of the Act. While s. 3(a) of the Act contemplates the possibility that income arising from sources other than those enumerated in s. 3(a) and in Subdivision d of Division B of Part I of the Act may nonetheless be taxable, to find that the damages received by the appellant are taxable under the general provision of s. 3(a) would disregard the fact that Parliament, in amending the *Income Tax Act* in 1983, has chosen to deal with the taxability of such payments in the provisions relating to retiring allowances. Such an approach would amount to giving precedence to a general provision over the detailed provisions enacted by Parliament. This would be inconsistent with basic principles of interpretation.

The damages received by the appellant cannot be considered a "retiring allowance" within the meaning of s. 248(1) of the Act — and therefore are not taxable under s. 56(1)(a)(ii) — because they were not received "in respect of a loss of . . . employment". When one considers the ordinary meaning to be given to the words found in the definition of "employment" in s. 248(1), a distinction must be made between the start of the contractual relationship agreed upon by the employer and the employee and the moment, according to the terms of the contract, at which the employee is bound to start providing services to the employer. The statutory requirement that one must be "in the service" of another person to be characterized as an "employee" excludes any notion of prospective or intended employment. An employee is thus only "in the service" of his employer from the moment he becomes under obligation to provide services under the terms of the contract. It follows that "loss of employment" cannot occur before an employee becomes under obligation to provide services to his future employer because he cannot, before that moment, be "in the service" of that employer.

Per Sopinka, Iacobucci and Major JJ.: On a plain meaning, s. 56(1)(a)(ii) of the *Income Tax Act* does not provide for the taxation of settlements for loss of intended employment. As well, there was no factual foundation on which to argue that the settlement could be taxed under s. 3(a) of the Act as income from the employment contract. It is, however, unnecessary and undesirable in this case to answer the question of whether s. 3(a) permits taxation of unenumerated sources of income. If this Court intends to conclude that

C'est en fonction des dispositions de la Loi relatives aux allocations de retraite qu'il convient de déterminer s'il y a assujettissement à l'impôt en l'espèce. Bien que l'al. 3a) de la Loi prévoit la possibilité que les revenus tirés d'une autre source que celles énumérées à l'al. 3a) et à la sous-section d de la section B de la partie I de la Loi soient néanmoins imposables, conclure que les dommages-intérêts versés à l'appelant sont imposables en vertu de la disposition générale de l'al. 3a) ne tiendrait pas compte du fait que le législateur a choisi, en modifiant la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1983, de traiter de l'assujettissement de tels versements à l'impôt dans les dispositions relatives aux allocations de retraite. Un tel point de vue reviendrait à accorder la préséance à une disposition générale par rapport aux dispositions détaillées adoptées par le législateur. Cela serait incompatible avec des principes d'interprétation fondamentaux.

Les dommages-intérêts versés à l'appelant ne peuvent être considérés comme une «allocation de retraite» au sens du par. 248(1) de la Loi — et ne sont donc pas imposables en application du sous-al. 56(1)a)(ii) — parce qu'ils n'ont pas été versés «à l'égard de la perte [. . .] d'un emploi». Si l'on tient compte du sens ordinaire qu'il faut donner aux mots utilisés pour définir le terme «emploi» au par. 248(1), une distinction doit être établie entre le début du lien contractuel dont conviennent l'employeur et l'employé et le moment où, selon les dispositions du contrat, l'employé est tenu de commencer à fournir des services à l'employeur. Le fait que, pour qu'une personne soit considérée comme un «employé», la Loi exige qu'elle soit «au service» d'une autre personne exclut toute notion d'emploi éventuel ou projeté. Un employé est donc «au service» de son employeur à partir du moment où il est tenu de fournir des services aux termes du contrat. Partant, une «perte d'emploi» ne saurait se produire avant que l'employé ne soit tenu de fournir des services à son futur employeur, étant donné qu'il ne peut, avant ce moment, être «au service» de cet employeur.

Les juges Sopinka, Iacobucci et Major: Suivant son sens ordinaire, le sous-al. 56(1)a)(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas l'imposition de l'indemnité touchée pour la perte d'un emploi projeté. De même, aucun fait ne permet de soutenir que l'indemnité peut être assujettie à l'impôt en vertu de l'al. 3a) de la Loi, à titre de revenu tiré du contrat de travail. Il n'est cependant ni nécessaire ni souhaitable, en l'espèce, de répondre à la question de savoir si l'al. 3a) permet d'assujettir à l'impôt le revenu provenant d'une source non énumé-

s. 3(a) should be applied literally, and permit taxation on income from any source, it should only do so in circumstances which warrant such a decision because such a result is of fundamental importance. Moreover, so deciding can be viewed as a marked departure from previous tax jurisprudence.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *The Queen v. Atkins*, 76 D.T.C. 6258, aff'g 75 D.T.C. 5263; *The Queen v. Pollock*, 84 D.T.C. 6370; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *London & Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124; *The Queen v. Manley*, [1985] 2 F.C. 208, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xi; *Krivy v. Minister of National Revenue*, 79 D.T.C. 121; *Girouard v. The Queen*, 80 D.T.C. 6205; *Beck v. Minister of National Revenue*, 80 D.T.C. 1747; *Grozelle v. Minister of National Revenue*, 77 D.T.C. 310; *Specht v. The Queen*, [1975] F.C. 150; *No. 45 v. Minister of National Revenue*, 52 D.T.C. 72; *Larson v. Minister of National Revenue*, 67 D.T.C. 81; *Jones v. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 4; *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537; *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 850, aff'g 57 D.T.C. 1270; *Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322, rev'g [1989] 3 F.C. 362; *The Queen v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209; *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; *The Queen v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Symes v. Canada*,

ré. Si notre Cour entend conclure que l'al. 3a) devrait s'appliquer à la lettre et permettre l'imposition du revenu provenant de quelque source que ce soit, elle ne devrait le faire que dans des circonstances qui justifient une telle décision en raison de l'importance fondamentale que celle-ci revêt. De plus, si elle est rendue, pareille décision est susceptible d'être perçue comme une dérogation marquée à la jurisprudence fiscale.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *La Reine c. Atkins*, 76 D.T.C. 6258, conf. 75 D.T.C. 5263; *La Reine c. Pollock*, 84 D.T.C. 6370; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *London & Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124; *La Reine c. Manley*, [1985] 2 C.F. 208, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xi; *Krivy c. Ministre du Revenu national*, 79 D.T.C. 121; *Girouard c. La Reine*, 80 D.T.C. 6151; *Beck c. Ministre du Revenu national*, 80 D.T.C. 1747; *Grozelle c. Ministre du Revenu national*, 77 D.T.C. 310; *Specht c. La Reine*, [1975] C.F. 150; *No. 45 c. Minister of National Revenue*, 52 D.T.C. 72; *Larson c. Minister of National Revenue*, 67 D.T.C. 81; *Jones c. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 4; *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Demers c. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537; *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *Curran c. Minister of National Revenue*, [1959] R.C.S. 850, conf. 57 D.T.C. 1270; *Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322, inf. [1989] 3 C.F. 362; *La Reine c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; *La Reine c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Symes c. Canada*,

[1993] 4 S.C.R. 695; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312.

By Major J.

Referred to: *The Queen v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428; *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 850; *Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the statute law relating to income tax (No. 2), S.C. 1980-81-82-83, c. 140.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63] (now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)), ss. 3(a), 5(1), 6(1)(a) [am. 1980-81-82-83, c. 140, s. 1(1)], (9) [rep. & sub. *idem*, s. 1(6)], 12(1)(w) [rep. & sub. 1984, c. 45, s. 5(2)], 56(1)(a)(ii) [am. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26; am. 1987, c. 46, s. 15], (viii) [ad. 1979, c. 5, s. 15; rep. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26(3)], 80.4(1) [rep. & sub. *idem*, s. 44; am. 1984, c. 45, s. 25], 248(1) "employee", "employment", "retiring allowance" [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 140, s. 128(10); am. 1990, c. 39, s. 54], "termination payment" [ad. 1979, c. 5, s. 66(8); rep. 1980-81-82-83, c. 140, s. 128(13)].

Authors Cited

Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Canada. Minister of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-337R. "Retiring Allowances", November 19, 1979.
 Canada. Minister of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-365. "Damages, Settlements, and Similar Receipts", March 21, 1977.
 Canada. Minister of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-365R. "Damages, Settlements, and Similar Receipts", March 9, 1981.
 Collins, Lisa M. "The Terminated Employee: Minimizing the Tax Bite". In Canadian Tax Foundation, *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1994, 31.1.
 Gibbens, R. D. "Appellate Review of Findings of Fact" (1992), 13 *Adv. Q.* 445.
 Goodwin, Robert B. "Personal Damages". In Canadian Tax Foundation, *Report of Proceedings of the Twenty-Eighth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1977, 813.

[1993] 4 R.C.S. 695; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *La Reine c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428; *Curran c. Minister of National Revenue*, [1959] R.C.S. 850; *Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322.

Lois et règlements cités

Loi n° 2 modifiant la législation relative à l'impôt sur le revenu, S.C. 1980-81-82-83, ch. 140.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63] (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)), art. 3a), 5(1), 6(1)a) [mod. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 1(1)], (9) [abr. & rempl. *idem*, art. 1(6)], 12(1)w) [abr. & rempl. 1984, ch. 45, art. 5(2)], 56(1)a)(ii) [mod. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 26; mod. 1987, ch. 46, art. 15], (viii) [aj. 1979, ch. 5, art. 15; abr. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 26(3)], 80.4(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 44; mod. 1984, ch. 45, art. 25], 248(1) «allocation de retraite» [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 128(10); mod. 1990, ch. 39, art. 54], «emploi», «employé», «paiement de cessation d'une charge ou d'un emploi» [aj. 1979, ch. 5, art. 66(8); abr. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 128(13)].

Doctrine citée

Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Canada. Ministre du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-337R. «Allocations de retraite», 19 novembre 1979.
 Canada. Ministre du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-365. «Dommages-intérêts, indemnités et sommes semblables reçues», 21 mars 1977.
 Canada. Ministre du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-365R. «Dommages-intérêts, indemnités et sommes semblables reçues», 9 mars 1981.
 Collins, Lisa M. «The Terminated Employee: Minimizing the Tax Bite». In Canadian Tax Foundation, *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1994, 31.1.
 Gibbens, R. D. «Appellate Review of Findings of Fact» (1992), 13 *Adv. Q.* 445.
 Goodwin, Robert B. «Personal Damages». In Canadian Tax Foundation, *Report of Proceedings of the Twenty-Eighth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1977, 813.

Hansen, Brian G. "The Taxation of Employees". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., *Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1981, 117.

Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*. Toronto: Butterworths, 1979.

Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. "Characterization of Wrongful Dismissal Awards for Income Tax" (1977), 23 *McGill L.J.* 43.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

MacDonald, W. A., and G. E. Cronkwright, eds. *Income Taxation in Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall, 1977 (loose-leaf).

Rendall, James A. "Defining the Tax Base". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., *Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1981, 59.

Scace, Arthur R. A. *The Income Tax Law of Canada*, 4th ed. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1979.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1994] 2 F.C. 720, [1994] 2 C.T.C. 99, 94 D.T.C. 6249, 167 N.R. 35, 2 C.C.P.B. 109, setting aside a judgment of the Tax Court of Canada, [1993] 2 C.T.C. 2125, 93 D.T.C. 555. Appeal allowed.

Benjamin Zarnett and Carrie Smit, for the appellant.

J. S. Gill, Q.C., Susan Van Der Hout and Elizabeth Chasson, for the respondent.

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

¹ LA FOREST J. — This appeal involves the issue whether compensation received by an "employee" from his "employer" pursuant to a settlement regarding liability for the employer's unilateral decision to cancel a contract of employment before the employee had become under obligation to provide services is taxable as income from an unenumerated source under the general provision of s. 3(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c.

Hansen, Brian G. «The Taxation of Employees». In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., *Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1981, 117.

Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*. Toronto: Butterworths, 1979.

Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. «Characterization of Wrongful Dismissal Awards for Income Tax» (1977), 23 *McGill L.J.* 43.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed., Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

MacDonald, W. A., and G. E. Cronkwright, eds. *Income Taxation in Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall, 1977 (loose-leaf).

Rendall, James A. «Defining the Tax Base». In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., *Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1981, 59.

Scace, Arthur R. A. *The Income Tax Law of Canada*, 4th ed. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1994] 2 C.F. 720, [1994] 2 C.T.C. 99, 94 D.T.C. 6249, 167 N.R. 35, 2 C.C.P.B. 109, qui a infirmé un jugement de la Cour canadienne de l'impôt, [1993] 2 C.T.C. 2125, 93 D.T.C. 555. Pourvoi accueilli.

Benjamin Zarnett et Carrie Smit, pour l'appellant.

J. S. Gill, c.r., Susan Van Der Hout et Elizabeth Chasson, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges *La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin* rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'indemnité versée par un «employeur» à son «employé», conformément à un règlement intervenu au sujet de la responsabilité imputable à l'employeur par suite de sa décision unilatérale d'annuler un contrat de travail avant que l'employé n'ait été tenu de fournir des services, est imposable à titre de revenu provenant d'une source non énumérée en vertu de la disposi-

148 (now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)), or, in the alternative, as a retiring allowance under s. 56(1)(a)(ii) of the Act.

I. Background

In the spring of 1988, Mr. Schwartz, a lawyer, received a verbal offer of employment from the Dynacare Health Group Inc.'s Chairman, Albert J. Latner. The appellant accepted on the basis that the employment would begin on completion of an assignment by the appellant for the Government of Ontario, which was expected in November. Later, in May 1988, Mr. Schwartz wrote Mr. Latner a letter outlining the terms of their agreement. Mr. Latner accepted the proposed terms and signed the letter. They agreed that the appellant was to receive a salary of \$250,000 annually as well as the option to acquire 1.25 percent of the existing non-voting shares of Dynacare, calculated at the date of the agreement, for the price of \$0.01 per share. The agreement provided that the shares would "vest in three equal amounts [on the date of commencement of the employment and on the first and second anniversary dates]". They also agreed that every effort would be made to minimize taxes payable by both parties. Within days, the appellant notified his partners of his intention to withdraw from the partnership at the end of his assignment.

The contract was never carried out. In late September, Dynacare informed the appellant that his services would not be required. Later, the appellant received a letter dated October 6, 1988 from Dynacare's solicitors confirming the cancellation of the employment, recognizing Dynacare's contractual obligation towards the appellant and offering him \$75,000 in exchange for a full and final release. The letter also made reference to the fact that the appellant had an obligation to mitigate his damages. The appellant refused the offer. He continued to practise law until he withdrew from the partnership on January 31, 1989, as he had agreed with

tion générale de l'al. 3a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)), ou subsidiairement, à titre d'allocation de retraite au sens du sous-al. 56(1)a)(ii) de la Loi.

I. Le contexte

Au printemps de l'année 1988, M. Schwartz, qui est avocat, a reçu une offre verbale d'emploi de la part du président de Dynacare Health Group Inc., Albert J. Latner. L'appelant a accepté l'offre en comprenant qu'il entrerait en fonction à la fin de son affectation auprès du gouvernement de l'Ontario, qui devait se produire en novembre. Plus tard, en mai 1988, M. Schwartz a fait parvenir à M. Latner une lettre exposant les modalités de leur accord. Monsieur Latner a accepté les modalités proposées et signé la lettre. Il était entendu que l'appelant toucherait un salaire annuel de 250 000 \$ et aurait la faculté de se porter acquéreur de 1,25 pour 100 des actions sans droit de vote existantes de Dynacare, en date de l'accord, à raison de 0,01 \$ l'action. L'accord prévoyait que les actions seraient acquises [TRADUCTION] «en trois parts égales [à la date de l'entrée en fonction ainsi qu'au premier et au deuxième anniversaire de cette date]». Il était également entendu que tous les efforts possibles seraient faits pour réduire l'impôt exigible des deux parties. Quelques jours plus tard, l'appelant a communiqué à ses associés sa décision de se retirer du cabinet d'avocats à la fin de son affectation.

Le contrat n'a jamais été exécuté. À la fin septembre, Dynacare a informé l'appelant qu'elle ne retiendrait pas ses services. Par la suite, l'appelant a reçu une lettre datée du 6 octobre 1988, dans laquelle les avocats de Dynacare confirmaient l'annulation de l'embauche, reconnaissaient l'obligation contractuelle de Dynacare envers l'appelant et lui offraient la somme de 75 000 \$ en contrepartie d'une quittance totale et définitive. La lettre mentionnait également le fait que l'appelant était tenu de limiter ses dommages. L'appelant a décliné l'offre. Il a continué d'exercer le droit jusqu'à ce qu'il se retire du cabinet d'avocats le 31 janvier

his partners. He commenced employment with an investment firm the next day at an annual salary of \$175,000.

1989, comme convenu avec ses associés. Le lendemain, il a commencé à travailler pour une société de placement qui avait convenu de lui verser un salaire annuel de 175 000 \$.

4 Negotiations for settlement were conducted by the parties' lawyers during the course of which two letters, later filed at trial, were exchanged. The first, dated June 13, 1989, was from Dynacare's solicitors and was addressed to the appellant's solicitors. It dealt specifically with the value of Mr. Schwartz's stock options and concluded that Dynacare considered them to be worth \$267,000 for the purposes of the settlement. Dynacare's solicitors also stated that their client was "prepared to be flexible around the range of \$267,000". The appellant's solicitors replied in a letter dated June 22, 1989, expressing disagreement with Dynacare's method of calculating the value of the stock options and stating that the appellant was owed \$75,000 as lost salary. That letter contained an offer to settle the dispute for \$400,000 plus costs.

Les avocats des parties ont entrepris des négociations en vue d'un règlement, au cours desquelles deux lettres, produites ultérieurement au procès, ont été échangées. La première, datée du 13 juin 1989, était une lettre que les avocats de Dynacare avaient fait parvenir aux avocats de l'appelant. Il y était question précisément de la valeur des options d'achat d'actions consenties à M. Schwartz et Dynacare concluait en établissant leur valeur à 267 000 \$ aux fins du règlement. Les avocats de Dynacare mentionnaient également que leur cliente était [TRADUCTION] «disposée à faire preuve de souplesse moyennant un montant de l'ordre de 267 000 \$». Dans une lettre datée du 22 juin 1989, les avocats de l'appelant ont répondu qu'ils n'étaient pas d'accord avec la façon dont Dynacare avait calculé la valeur des options d'achat d'actions, affirmant que l'appelant avait droit à 75 000 \$ pour perte de salaire. La lettre renfermait une offre de règlement de 400 000 \$, plus les frais.

5 A settlement was reached and a release was signed on August 21, 1989. Dynacare agreed to pay the appellant a lump sum of \$360,000 as damages plus \$40,000 on account of costs. At trial, Mr. Schwartz testified that in arriving at the amount of \$360,000, losses on stock options, salary, embarrassment, anxiety and inconvenience resulting from the breach of the employment contract by Dynacare were considered, but no specific allocation among such losses was made.

Un règlement est intervenu et une quittance a été signée le 21 août 1989. Dynacare convenait de verser à l'appelant la somme forfaitaire de 360 000 \$ à titre de dommages-intérêts, plus 40 000 \$ pour les frais. Au procès, M. Schwartz a témoigné que, pour arriver au montant de 360 000 \$, la perte des options d'achat d'actions et du salaire, de même que le préjudice résultant de l'embarras, de l'anxiété et du désagrément subis par suite de la rupture du contrat de travail par Dynacare, avaient été pris en considération, mais qu'il n'y avait eu aucune répartition de la somme en fonction de ces facteurs.

6 The respondent Crown assessed the damages as constituting a "retiring allowance" taxable under s. 56(1)(a)(ii) of the Act. The appellant filed a notice of objection, but the respondent confirmed the assessment initially made. The appellant then

L'intimée a considéré que les dommages-intérêts constituaient une «allocation de retraite» imposable en application du sous-al. 56(1)a)(ii) de la Loi. L'appelant a déposé un avis d'opposition, mais l'intimée a confirmé la cotisation initiale.

appealed the assessment successfully to the Tax Court of Canada, [1993] 2 C.T.C. 2125, 93 D.T.C. 555, from whose decision the respondent appealed to the Federal Court of Appeal, which allowed the appeal, [1994] 2 F.C. 720, [1994] 2 C.T.C. 99, 94 D.T.C. 6249, 167 N.R. 35, 2 C.C.P.B. 109. This Court granted the appellant leave to appeal the latter decision on October 13, 1994, [1994] 3 S.C.R. xi.

II. Relevant Statutory Provisions

The provisions of the Act to which I will refer during the course of these reasons are the following:

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is his income for the year determined by the following rules:

(a) determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer's income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, his income for the year from each office, employment, business and property;

5. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from an office or employment is the salary, wages and other remuneration, including gratuities, received by him in the year.

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

(a) the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever received or enjoyed by him in the year in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment, except any benefit

56. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(a) any amount received by the taxpayer in the year as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,

L'appelant en a ensuite appelé de la cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt et a obtenu gain de cause, [1993] 2 C.T.C. 2125, 93 D.T.C. 555. L'intimée en a appelé de cette décision devant la Cour d'appel fédérale qui a accueilli l'appel, [1994] 2 C.F. 720, [1994] 2 C.T.C. 99, 94 D.T.C. 6249, 167 N.R. 35, 2 C.C.P.B. 109. Le 13 octobre 1994, notre Cour a autorisé l'appelant à se pourvoir contre cette dernière décision, [1994] 3 R.C.S. xi.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Voici le texte des dispositions de la Loi auxquelles je renvoie dans les présents motifs:

3. Le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l'année, déterminé selon les règles suivantes:

a) en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien), dont la source se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien;

5. (1) Sous réserve de la présente Partie, le revenu d'un contribuable, pour une année d'imposition, tiré d'une charge ou d'un emploi est le traitement, salaire et autre rémunération, y compris les gratifications, que ce contribuable a reçus dans l'année.

6. (1) Doivent être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments appropriés suivants:

a) la valeur de la pension, du logement et autres avantages de quelque nature que ce soit qu'il a reçus ou dont il a joui dans l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi, à l'exception des avantages . . .

56. (1) Sans restreindre la portée générale de l'article 3, sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition,

a) toute somme reçue par le contribuable dans l'année au titre, ou en paiement intégral ou partiel,

(ii) a retiring allowance, other than an amount received out of or under an employee benefit plan, a retirement compensation arrangement or a salary deferral arrangement

80.4 (1) Where a person or partnership received a loan or otherwise incurred a debt by virtue of the office or employment or intended office or employment of an individual, or by virtue of the services performed or to be performed by a corporation carrying on a personal services business (within the meaning assigned by paragraph 125(7)(d)), the individual or corporation, as the case may be, shall be deemed to have received a benefit in a taxation year equal to that amount, if any, by which the aggregate of

. . . .

(b) the aggregate of all amounts each of which is an amount of interest that was paid or payable in respect of the year on such a loan or debt by

(i) a person or partnership (in this paragraph referred to as the "employer") that employed or intended to employ the individual. . . .

248. (1) In this Act,

. . . .

"employment" means the position of an individual in the service of some other person (including Her Majesty or a foreign state or sovereign) and "servant" or "employee" means a person holding such a position;

. . . .

"retiring allowance" means an amount (other than a superannuation or pension benefit, an amount received as a consequence of the death of an employee or a benefit described in subparagraph 6(1)(a)(iv)) received

(a) upon or after retirement of a taxpayer from an office or employment in recognition of his long service, or

(b) in respect of a loss of an office or employment of a taxpayer, whether or not received as, on account or in lieu of payment of, damages or pursuant to an order or judgment of a competent tribunal

by the taxpayer or, after his death, by a dependant or a relation of the taxpayer or by the legal representative of the taxpayer;

(ii) d'une allocation de retraite, sauf s'il s'agit d'un montant provenant d'un régime de prestations aux employés, d'une convention de retraite ou d'une entente d'échelonnement du traitement . . .

80.4 (1) Lorsqu'une personne ou une société reçoit un prêt ou contracte par ailleurs une dette en raison de la charge ou de l'emploi, actuel ou projeté, d'un particulier ou en raison des services fournis ou à fournir par une corporation qui exploite une entreprise de prestation de services personnels (au sens de l'alinéa 125(7)d)), le particulier ou la corporation, selon le cas, est réputé avoir reçu, dans une année d'imposition, un avantage égal à l'excédent, si excédent il y a, du total:

. . . .

b) du total de tous les montants dont chacun représente le montant des intérêts payés ou payables à l'égard de l'année sur ces prêts ou dettes par:

(i) une personne ou une société (appelée au présent alinéa l'«employeur») qui a employé ou a eu l'intention d'employer le particulier . . .

248. (1) Dans la présente loi,

. . . .

«allocation de retraite» s'entend d'une somme, sauf une prestation de retraite ou d'autres pensions, une somme reçue en raison du décès d'un employé ou un avantage visé au sous-alinéa 6(1)a)(iv), reçue

a) en reconnaissance de longs états de service d'un contribuable au moment où il prend sa retraite ou par la suite, ou

b) à l'égard de la perte par un contribuable d'une charge ou d'un emploi, qu'elle ait été reçue ou non à titre de dommages ou conformément à une ordonnance ou sur jugement d'un tribunal compétent,

par le contribuable ou, après son décès, par une personne qui était à sa charge ou qui lui était apparentée, ou par un représentant légal du contribuable;

. . . .

«emploi» signifie le poste qu'occupe un particulier, au service d'une autre personne (y compris Sa Majesté ou un État ou souverain étrangers) et le mot «préposé» ou «employé» signifie une personne occupant un tel poste;

III. Judgments Below

Tax Court of Canada, 93 D.T.C. 555

The Crown's principal contention before the Tax Court of Canada was that the settlement amount was taxable as a "retiring allowance". In considering this contention, Rip J.T.C.C. relied heavily on the ordinary meaning of the words of the Act dealing with retiring allowances. In his view, the ordinary meaning of the words "employment", "office", "employee", "officer", "position" and "holding" ought not be altered. The definition of "retiring allowance", he stated, does not refer to an "intended" or "prospective" employment, and one should not read into it words that are not present there. He confirmed that finding by considering English dictionary definitions of the word "position" and the French equivalent "*poste*" and found (at p. 560) that an officer is "one who holds, has possession of or fills a position which grants him a right to stipend or remuneration" and that an employee is one who "occupies a position in the service of another".

The consideration of various factors led the trial judge to the conclusion that Mr. Schwartz was not an "employee" or in the "employment" of Dynacare when the cancellation of the employment agreement occurred. The appellant was still a partner in his law firm at the time. He was not performing any services for Dynacare, nor was he under any obligation to do so. He was not receiving any kind of remuneration and the directors of Dynacare had not yet appointed him. What the appellant lost when the contract was cancelled, Rip J.T.C.C. held, was not his employment or his position, but the legal right entitling him to employment in the future.

Rip J.T.C.C. rejected the respondent's submission that parliamentary documents and earlier cases supported its position by underlying the importance of the distinction to be made between termination of employment contracts occurring when employment had already commenced and those occurring before the employee had started

III. Juridictions inférieures

Cour canadienne de l'impôt, 93 D.T.C. 555

L'État a principalement soutenu devant la Cour canadienne de l'impôt que le montant du règlement était imposable à titre d'«allocation de retraite». En examinant cette prétention, le juge Rip s'en est remis fortement au sens ordinaire des mots employés dans la Loi relativement aux allocations de retraite. Selon lui, il ne convenait pas de s'écarter du sens ordinaire des termes «emploi», «charge», «employé», «fonctionnaire ou cadre», «poste» et «occupant». Il a affirmé que la définition d'«allocation de retraite» ne vise pas un emploi «projeté» ou «éventuel» et qu'on ne saurait y lire des mots qui n'y figurent pas. Il a confirmé cette conclusion en examinant les définitions que les dictionnaires donnent du mot anglais «*position*» et de son équivalent en français, le mot «*poste*», et a conclu (à la p. 560) qu'un fonctionnaire ou cadre est «une personne qui a, détient ou comble un poste lui donnant droit à un traitement ou à une rémunération» et qu'un employé est une personne «qui occupe un poste et qui est au service d'une autre personne».

Différents facteurs ont incité le juge de première instance à conclure que M. Schwartz n'était pas un «employé» de Dynacare ou ne «travaillait» pas pour celle-ci lors de l'annulation du contrat de travail. À l'époque, l'appelant était encore un associé de son cabinet d'avocats. Il ne fournissait aucun service à Dynacare et n'était nullement tenu de le faire. Il ne touchait aucune forme de rémunération et les administrateurs de Dynacare n'avaient pas encore procédé à sa nomination. Selon le juge Rip, ce que l'appelant a perdu lors de l'annulation du contrat, ce n'est pas son emploi ni son poste, mais le droit à un emploi ultérieur.

Le juge Rip a rejeté la prétention de l'intimé que des documents parlementaires et des décisions antérieures appuyaient sa position en insistant sur l'importance de la distinction à faire entre la résiliation d'un contrat de travail après l'entrée en fonction et celle survenant avant que l'employé n'ait commencé à fournir des services à l'em-

8

9

10

providing any services to his employer. He therefore concluded that the damages were not a “retiring allowance” within the meaning of s. 248(1) of the Act.

ployeur. Il a donc conclu que les dommages-intérêts ne constituaient pas une «allocation de retraite» au sens du par. 248(1) de la Loi.

11 The judge also rejected the respondent’s first alternative argument that if the damages were not a retiring allowance, they had been received by the appellant as a benefit by virtue of an office or employment and therefore fell within the purview of s. 6(1)(a) of the Act. He followed the Federal Court of Appeal’s decisions in *The Queen v. Atkins*, 76 D.T.C. 6258, and *The Queen v. Pollock*, 84 D.T.C. 6370, and found that the damages received by the appellant could not be regarded as “salary”, “wages” or “remuneration” or as a benefit “received or engaged [*sic*] by him . . . in respect of, in the course of, or by virtue of the office or employment” within the meaning of ss. 5(1) and 6(1)(a) of the Act. He added that the fact that the appellant had not commenced employment at the time the breach occurred made the reasoning even more persuasive.

Le juge a également rejeté le premier argument subsidiaire de l’intimé selon lequel si les dommages-intérêts ne constituaient pas une allocation de retraite, ils représentaient un avantage reçu par l’appelant en vertu d’une charge ou d’un emploi, et relevaient donc de l’al. 6(1)a) de la Loi. Il a suivi les arrêts de la Cour d’appel fédérale *La Reine c. Atkins*, 76 D.T.C. 6258, et *La Reine c. Pollock*, 84 D.T.C. 6370, et a conclu que les dommages-intérêts versés à l’appelant ne pouvaient être considérés comme un «traitement», «salaire» ou «rémunération» ou comme un avantage «qu’il a reçu ou dont il a joui (. . .) au titre, dans l’occupation ou en vertu d’une charge ou d’un emploi» au sens du par. 5(1) et de l’al. 6(1)a) de la Loi. Il a ajouté que le fait que l’appelant n’était pas encore entré en fonction au moment de la rupture rend ce raisonnement encore plus convaincant.

12 Finally, Rip J.T.C.C. dealt with the respondent’s argument that the damages were taxable under s. 3 as being “income from a source”, the source being the employment contract. He found that the amount received by the appellant could not be considered “income”, because the ordinary concept of income pertained to recurring receipts and did not extend to a lump sum received because a source of income had been taken away or destroyed. Consequently, in a case such as the one at bar, compensation for damages relating to future services was not to be considered “income”. He noted that in the present situation, the damages received by the appellant did not relate in any way to past services.

Enfin, le juge Rip a examiné l’argument de l’intimé selon lequel les dommages-intérêts étaient imposables en vertu de l’art. 3 à titre de «revenu tiré d’une source», cette source étant le contrat de travail. Il a statué que la somme touchée par l’appelant ne pouvait être considérée comme un «revenu» car, dans son sens ordinaire, ce mot désigne des rentrées d’argent récurrentes et non une somme forfaitaire reçue parce qu’une source de revenu a été retirée ou supprimée. Par conséquent, dans un cas comme la présente affaire, l’indemnité versée pour le préjudice subi relativement à des services futurs ne devait pas être considérée comme un «revenu». Il a souligné qu’en l’espèce les dommages-intérêts reçus par l’appelant ne se rapportaient d’aucune façon à des services passés.

13 In the course of his reasons, Rip J.T.C.C. stated (at p. 557) that there was no evidence indicating any allocation of the settlement amount and made the following finding of fact, which was disturbed by the Federal Court of Appeal and which is at issue before our Court, at p. 562:

Dans ses motifs, le juge Rip a précisé (à la p. 557) qu’il n’y avait aucune preuve établissant une répartition du montant du règlement et a tiré la conclusion de fait suivante que la Cour d’appel fédérale a modifiée et qui est en litige devant notre Cour (à la p. 562):

Schwartz suffered inconvenience and prejudice when he was informed his services would not be required. He had given notice of withdrawal to his law partnership. He had to begin to look for employment. Schwartz was never an employee or officer of the purported employer. The damages he received was [sic] in a small part, if any, for loss of income for future services and to a larger part, according to the evidence, for embarrassment, anxiety and inconvenience. [Emphasis added.]

Federal Court of Appeal (Mahoney, Stone and McDonald J.J.A.), [1994] 2 F.C. 720

The respondent did not argue that the damages constituted a retiring allowance before the Federal Court of Appeal. Mahoney J.A. for the court nonetheless held that he was in substantial agreement with Rip J.T.C.C.'s finding that the damages did not constitute a retiring allowance as contemplated by ss. 56(1)(a)(ii) and 248(1) of the Act.

The critical issue before the Federal Court of Appeal was the Tax Court of Canada's finding of fact relating to apportionment. After stating the guidelines laid down by our Court in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Mahoney J.A. concluded that the Federal Court of Appeal was justified in overturning Rip J.T.C.C.'s finding of fact because the latter had omitted to consider relevant documentary evidence. He found that the letters dated June 13, 1989 and June 22, 1989 from the parties' solicitors were contradictory to the oral evidence on the issue of allocation and he held that, on a balance of probabilities, \$75,000 had been allocated for loss of salary and \$267,000 for loss of the stock options, and that there was thus no reason not to conclude that \$18,000 had been awarded for embarrassment, anxiety and inconvenience suffered by Mr. Schwartz. He preferred the documentary evidence over the appellant's testimony because paragraph 4 of the May 1988 agreement, which indicated concerns by both parties regarding taxes, and the self-serving nature

M. Schwartz a subi un désagrément et un préjudice du fait que l'on ait décidé de se passer de ses services. Il avait donné avis de son départ au cabinet d'avocats où il était associé. Il devait commencer à chercher un emploi. M. Schwartz n'a jamais été un employé ou cadre du prétendu employeur. Une petite partie, s'il en est, des dommages-intérêts qu'il a obtenus correspond à une perte de revenus pour services futurs, et une grande partie correspond, selon la preuve, à l'embarras, à l'anxiété et au désagrément qu'il a subis. [Je souligne.]

Cour d'appel fédérale (les juges Mahoney, Stone et McDonald), [1994] 2 C.F. 720

L'intimée n'a pas fait valoir, devant la Cour d'appel fédérale, que les dommages-intérêts constituaient une allocation de retraite. Le juge Mahoney a néanmoins précisé, au nom de la cour, qu'il était d'accord pour l'essentiel avec la conclusion du juge Rip que les dommages-intérêts ne constituaient pas une allocation de retraite au sens du sous-al. 56(1)a)(ii) et du par. 248(1) de la Loi.

La question cruciale dont la Cour d'appel fédérale était saisie était la conclusion de fait que la Cour canadienne de l'impôt avait tirée relativement à la répartition des dommages-intérêts. Après avoir énoncé les principes directeurs établis par notre Cour dans *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Mahoney a conclu que la Cour d'appel fédérale était justifiée d'écarter la conclusion de fait du juge Rip, vu que celui-ci n'avait pas tenu compte d'une preuve documentaire pertinente. Il a conclu que les lettres du 13 juin 1989 et du 22 juin 1989, rédigées par les avocats des parties, contredisaient la preuve testimoniale relative à la répartition et il a statué que, suivant la prépondérance des probabilités, la somme de 75 000 \$ avait été consentie pour la perte de salaire et celle de 267 000 \$ pour la perte des options d'achat d'actions, et qu'il n'y avait donc aucune raison de ne pas conclure que la somme de 18 000 \$ avait été accordée pour le préjudice résultant de l'embarras, de l'anxiété et du désagrément subis par M. Schwartz. Il a préféré la preuve documentaire au témoignage de l'appellant, parce que le paragraphe 4 de l'accord de mai 1988, qui faisait état des préoccupations d'ordre fiscal des deux parties, et le caractère intéressé du témoignage de

14

15

Mr. Schwartz's testimony raised doubts as to his credibility.

M. Schwartz soulevaient des doutes quant à sa crédibilité.

16 The Federal Court of Appeal therefore held that the damages relating to lost salary and stock options (\$342,000) were taxable under s. 3 of the Act as income from employment. It followed the English decision *London & Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), which was approved by the Federal Court of Appeal in *The Queen v. Manley*, [1985] 2 F.C. 208 (leave to appeal to this Court refused, [1986] 1 S.C.R. xi), and stated, at p. 732:

La Cour d'appel fédérale a donc conclu que les dommages-intérêts relatifs à la perte du salaire et des options d'achat d'actions (342 000 \$) étaient imposables en application de l'art. 3 de la Loi à titre de revenu d'emploi. Se fondant sur l'arrêt anglais *London & Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), qu'elle avait approuvé dans *La Reine c. Manley*, [1985] 2 C.F. 208 (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1986] 1 R.C.S. xi), elle affirme, à la p. 732:

Where, pursuant to a legal right, a person receives from another compensation for the failure to receive a sum of money or benefit which, if it had been received, would have been income from an employment or office, the compensation is to be treated for income tax purposes in the same way as if the benefit or sum of money had been received instead of the compensation.

Chaque fois qu'une personne reçoit, en vertu d'un droit, de quelqu'un d'autre, une indemnité au lieu d'une somme d'argent ou d'un avantage qui aurait constitué un revenu tiré d'une charge ou d'un emploi, il y a lieu de traiter cette indemnité aux fins de l'impôt de la même manière que la somme d'argent ou l'avantage l'aurait été si l'indemnité ne l'avait pas remplacée.

The Federal Court of Appeal held (at p. 732) that the source of the appellant's right was the contract of employment, "a source of income within the express contemplation of paragraph 3(a)", and that the \$342,000 was therefore taxable as income from employment.

La Cour d'appel fédérale a conclu (à la p. 732) que la source du droit de l'appelant était le contrat de travail, qui était «une source de revenu expressément visée par l'alinéa 3a», et que la somme de 342 000 \$ était donc imposable à titre de revenu d'emploi.

IV. Analysis

IV. Analyse

17 Before this Court, the Crown argued that the damages received by the appellant were taxable in two ways. Its main contention was that the money received by Mr. Schwartz relating to lost salary and stock options was taxable as income from an unenumerated source under the general provision of s. 3(a) of the Act — such unenumerated source being the employment contract terminated by Dynacare. The Crown also put forward an alternative argument, namely that the whole of the damages (\$360,000) received by Mr. Schwartz were taxable under s. 56(1)(a)(ii) of the Act as a retiring allowance.

Devant notre Cour, l'État a fait valoir que les dommages-intérêts reçus par l'appelant étaient imposables de deux manières. Sa prétention principale était que l'argent versé à M. Schwartz pour la perte du salaire et des options d'achat d'actions était imposable à titre de revenu tiré d'une source non énumérée, en vertu de la disposition générale de l'al. 3a) de la Loi — cette source non énumérée étant le contrat de travail résilié par Dynacare. L'État a aussi fait valoir, à titre subsidiaire, que la totalité des dommages-intérêts reçus par M. Schwartz (360 000 \$) était imposable en application du sous-al. 56(1)a)(ii) de la Loi à titre d'allocation de retraite.

18 For the reasons that follow, I am of the opinion that the appeal should be allowed. To deal with the substance of the Minister of National Revenue's

Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que le pourvoi devrait être accueilli. Afin de statuer sur le fond de l'argument principal du ministre du

main argument, it is necessary to address the correctness of the Federal Court of Appeal's decision to overturn Rip J.T.C.C.'s finding of fact with respect to the allocation made by Dynacare and Mr. Schwartz of the compensation agreed upon. I conclude that the Federal Court of Appeal was wrong in doing so, a conclusion that is sufficient, technically, to dispose of the Crown's main argument in favour of the appellant. However, the substance of the Minister's main argument raises important questions that merit attention by this Court and it having been fully argued by the parties, I think it appropriate to deal with it on its merits. Regarding this issue, I have come to the conclusion that s. 3(a) of the Act does contemplate taxability of income arising from sources other than those specifically provided for in s. 3(a) and in Subdivision d of Division B of Part I of the Act. However, in the case at bar, an analysis of the way Parliament handled the taxability of payments such as the one received by Mr. Schwartz demonstrates that it is to the rules relating to retiring allowances that one should turn in assessing taxability. This brings us to a consideration of the Crown's alternative argument and, like the trial judge and the Federal Court of Appeal, I have come to the conclusion that the damages received by Mr. Schwartz do not constitute a retiring allowance.

Before dealing specifically with the issues raised in this appeal, however, I find it advisable to consider the manner in which Parliament has historically chosen to deal with the taxability of monies received by an employee from his ex-employer as a result of the latter's cancellation of the employment contract.

A. *The Historical Background*

The provisions on which the Crown relies in arguing that the amount received by Mr. Schwartz is taxable are all found in Part I of the Act, which is entitled "Income Tax". Section 3 states the basic rules to be applied in determining a taxpayer's income for a given year and identifies, in para. (a), the five principal sources from which income can be generated: office, employment, business, prop-

Revenu national, il est nécessaire de déterminer si la Cour d'appel fédérale a eu raison d'écartier la conclusion de fait du juge Rip concernant la répartition, par Dynacare et M. Schwartz, de l'indemnité dont ils avaient convenu. J'arrive à la conclusion que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur à cet égard, ce qui suffit, techniquement, pour statuer en faveur de l'appelant sur l'argument principal de l'État. Toutefois, l'argument principal du Ministre soulève, sur le plan du fond, d'importantes questions qui méritent l'attention de notre Cour, et comme les parties en ont débattu exhaustivement, je crois qu'il est opportun de se prononcer sur son bien-fondé. À cet égard, je conclus que l'al. 3a) de la Loi prévoit l'assujettissement à l'impôt du revenu tiré d'une autre source que celles qui sont expressément mentionnées à l'al. 3a) et dans la sous-section d de la section B de la partie I de la Loi. Cependant, en l'espèce, il ressort de l'analyse de la façon dont le législateur a prévu l'assujettissement à l'impôt de sommes apparentées à celle touchée par M. Schwartz que c'est aux règles qui régissent les allocations de retraite qu'il faut s'en remettre pour statuer sur l'assujettissement à l'impôt. Cela nous amène à l'examen de l'argument subsidiaire de l'État et, à l'instar du juge de première instance et de la Cour d'appel fédérale, j'en suis venu à la conclusion que les dommages-intérêts reçus par M. Schwartz ne constituent pas une allocation de retraite.

Toutefois, avant d'examiner précisément les questions que soulève le présent pourvoi, j'estime opportun d'analyser la façon dont le législateur a choisi, par le passé, de traiter l'assujettissement à l'impôt des sommes versées à un employé par son ancien employeur, à la suite de l'annulation du contrat de travail par ce dernier.

A. *Le contexte historique*

Les dispositions que l'État invoque à l'appui de sa prétention que la somme touchée par M. Schwartz est imposable figurent toutes à la partie I de la Loi, intitulée «Impôt sur le revenu». L'article 3 énonce les règles de base qui régissent le calcul du revenu d'un contribuable pour une année donnée et énumère, à l'al. a), les cinq principales sources qui peuvent générer un revenu, soit les

erty and capital gains. Subdivisions a, b and c of Division B of Part I contain specific provisions relating to the characterization of income as being from either office, employment, business, property or as constituting capital gains. Section 56(1)(a)(ii) — which provides for the taxability of retiring allowances — is found in Subdivision d of Division B of Part I, entitled “Other Sources of Income”. As noted by Professor V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4th ed. 1992), at p. 525, these “other sources” relate to “certain types of income which cannot conveniently be identified as originating from, or relating to” the five sources enumerated in s. 3(a) of the Act.

charge, emploi, entreprise, bien et gains en capital. Les sous-sections a, b et c de la section B de la partie I renferment des dispositions particulières qui s’appliquent pour déterminer si le revenu provient d’une charge, d’un emploi, d’une entreprise ou d’un bien ou s’il constitue un gain en capital. Le sous-alinéa 56(1)a(ii), qui prévoit l’assujettissement à l’impôt des allocations de retraite, se trouve à la sous-section d de la section B de la partie I, intitulée «Autres sources de revenu». Comme le fait remarquer le professeur V. Krishna, dans *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4^e éd. 1992), à la p. 525, ces [TRADUCTION] «autres sources» se rapportent à «certains types de revenu dont on ne peut dire qu’ils proviennent» de l’une des cinq sources énumérées à l’al. 3a) de la Loi «ou qu’ils s’y rattachent».

21 Initially, damages received by an employee, from his ex-employer, as a result of the latter’s cancellation of the employment contract, did not constitute income from office or employment taxable under s. 5(1); nor did they constitute a retiring allowance taxable under s. 56(1)(a)(ii).

Au départ, les dommages-intérêts versés à un employé par son ancien employeur, à la suite de l’annulation du contrat de travail par ce dernier, ne constituaient pas un revenu tiré d’une charge ou d’un emploi imposable en vertu du par. 5(1), ni une allocation de retraite imposable aux termes du sous-al. 56(1)a(ii).

22 On the first of these propositions, the Federal Court of Appeal, in *Atkins, supra*, stated that such payments did not constitute taxable income from an office or employment under s. 5(1). That was so because these amounts were not considered to be in the nature of income for tax purposes. Jackett C.J., confirming the decision rendered by Collier J. at trial (75 D.T.C. 5263), held, at pp. 6258-59:

En ce qui concerne la première de ces propositions, la Cour d’appel fédérale a affirmé, dans l’arrêt *Atkins*, précité, que de tels versements ne constituaient pas un revenu tiré d’une charge ou d’un emploi imposable en vertu du par. 5(1), et ce, parce que ces sommes n’étaient pas assimilées à un revenu aux fins de l’impôt. Confirmant la décision du juge Collier en première instance (75 D.T.C. 5263), le juge en chef Jackett statue, aux pp. 6258 et 6259:

Once it is conceded, as the appellant does, that the respondent was dismissed “without notice”, monies paid to him (pursuant to a subsequent agreement) “in lieu of notice of dismissal” cannot be regarded as “salary”, “wages” or “remuneration” or as a benefit “received or enjoyed by him . . . in respect of, in the course of, or by virtue of the office or employment”. Monies so paid (i.e., “in lieu of notice of dismissal”) are paid in respect of the “breach” of the contract of employment and are not paid as a benefit under the contract or in respect of the relationship that existed under the contract before that relationship was wrongfully terminated. The situation is not altered by the fact that such a payment is fre-

En admettant, comme le fait l’appelante, que l’intimé a été congédié «sans préavis», on ne peut considérer les sommes d’argent qui lui ont été payées (à la suite d’une entente subséquente) pour tenir «lieu de préavis» de congédiement comme un «traitement», «salaire» ou «rémunération», ou comme des prestations «qu’il reçoit ou dont il jouit (. . .) à l’égard, dans le cours ou en vertu de la charge ou de l’emploi». Les sommes payées à cet égard (c.-à-d. pour tenir «lieu de préavis») l’ont été à cause de la «rupture» du contrat d’emploi et non pas en tant que prestations qui découlent du contrat ou de la relation qui existait en vertu du contrat avant que cette relation ne prenne fin de façon injustifiée. Le fait que

quently referred to as so many months' "salary" in lieu of notice. Damages for breach of contract do not become "salary" because they are measured by reference to the salary that would have been payable if the relationship had not been terminated or because they are colloquially called "salary". The situation might well be different if an employee was dismissed by a proper notice and paid "salary" for the period of the notice even if the dismissed employee was not required to perform the normal duties of his position during that period. Having regard to what I have said, it is clear, in my view, that the learned Trial Judge was correct in holding that the payment in question did not fall within section 5 of the *Income Tax Act* as applicable to the taxation year in question. [Emphasis added.]

The principle laid down in *Atkins*, which was decided by the Federal Court of Appeal in May of 1976, was therefore accepted as authoritative both by the courts and commentators (see *Krivy v. Minister of National Revenue*, 79 D.T.C. 121 (T.R.B.); *Girouard v. The Queen*, 80 D.T.C. 6205 (F.C.A.); *Beck v. Minister of National Revenue*, 80 D.T.C. 1747 (T.R.B.); *Grozelle v. Minister of National Revenue*, 77 D.T.C. 310 (T.R.B.); E. C. Harris, *Canadian Income Taxation* (1979), at p. 116; R. B. Goodwin, "Personal Damages", in Canadian Tax Foundation, *Report of Proceedings of the Twenty-Eighth Tax Conference* (1977), 813, at pp. 820-21; also W. A. MacDonald and G. E. Cronkwright, eds., *Income Taxation in Canada* (1977 (loose-leaf)), vol. 2, at ¶17,521; and L. M. Collins, "The Terminated Employee: Minimizing the Tax Bite", in Canadian Tax Foundation, *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference* (1994), 31.1, at pp. 31:18 and 31:19), although some questioned the correctness of the legal reasoning adopted by the Federal Court of Appeal at the time (see V. Krishna, "Characterization of Wrongful Dismissal Awards for Income Tax" (1977), 23 *McGill L.J.* 43). P. W. Hogg and J. E. Magee, in their recent textbook *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), at pp. 164-65, address this historical reality in these words:

l'on se réfère souvent à ce paiement en parlant de tant de mois de «salaire» qui tiennent lieu de préavis ne change rien à la situation. Les dommages-intérêts relatifs à la rupture d'un contrat ne deviennent pas un «salaire» simplement parce qu'ils sont évalués par rapport au salaire qui aurait été payable si la relation n'avait pas pris fin, ou parce qu'on les appelle communément «salaire». La situation est bien différente lorsqu'un employé est congédié à la suite d'un avis raisonnable et qu'on lui paie un «salaire» pour la période couverte par le préavis même s'il n'est pas obligé d'accomplir, durant cette période, les tâches qui relèveraient de son poste. Si l'on tient compte du raisonnement que je viens d'exposer, il est clair, selon moi, que le savant juge de première instance a eu raison de décider que le paiement en question n'est pas visé par l'article 5 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en vigueur pour l'année d'imposition en cause. [Je souligne.]

Le principe établi dans l'arrêt *Atkins* que la Cour d'appel fédérale a rendu en mai 1976 a donc été suivi et reconnu tant par les tribunaux que par les auteurs (voir *Krivy c. Ministre du Revenu national*, 79 D.T.C. 121 (C.R.I.); *Girouard c. La Reine*, 80 D.T.C. 6151 (C.A.F.); *Beck c. Ministre du Revenu national*, 80 D.T.C. 1747 (C.R.I.); *Grozelle c. Ministre du Revenu national*, 77 D.T.C. 310 (C.R.I.); E. C. Harris, *Canadian Income Taxation* (1979), à la p. 116; R. B. Goodwin, «Personal Damages», dans l'Association canadienne d'études fiscales, *Report of Proceedings of the Twenty-Eighth Tax Conference* (1977), 813, aux pp. 820 et 821; également W. A. MacDonald et G. E. Cronkwright, dir., *Income Taxation in Canada* (1977 (feuilles mobiles)), vol. 2, à ¶17 521, et L. M. Collins, «The Terminated Employee: Minimizing the Tax Bite», dans l'Association canadienne d'études fiscales, *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference* (1994), 31:1, aux pp. 31:18 et 31:19), bien que certains se soient interrogés sur la justesse du raisonnement juridique adopté à l'époque par la Cour d'appel fédérale (voir V. Krishna, «Characterization of Wrongful Dismissal Awards for Income Tax» (1977), 23 *McGill L.J.* 43). Dans leur récent ouvrage intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), aux pp. 164 et 165, P. W. Hogg et J. E. Magee traitent de cette réalité historique dans les termes suivants:

Before 1978, if the departing employee sued the employer for wrongful dismissal and recovered damages, then the damages would be received free of tax. This was because an award of damages for breach of contract (or for a tort or other cause of action) is not income for tax purposes. This was so, even though the amount of a damages award for wrongful dismissal would be computed by reference to exactly the same considerations (that is, the amount of salary that would have been paid during a required period of notice) as would be applied to the computation of a consensual severance payment. Since court-awarded damages were free of tax, it was also held that an out-of-court settlement of a wrongful dismissal action also escaped tax.

[TRADUCTION] Avant 1978, lorsqu'un employé poursuivait son ancien employeur pour congédiement injustifié et obtenait des dommages-intérêts, ceux-ci n'étaient pas assujettis à l'impôt. Il en était ainsi parce que les dommages-intérêts accordés pour la rupture d'un contrat (ou relativement à un délit ou à une autre cause d'action) ne constituent pas un revenu aux fins de l'impôt. Il en était ainsi, même si le montant des dommages-intérêts accordés par suite d'un congédiement injustifié était calculé en fonction des mêmes facteurs (c.-à-d. le salaire qui aurait été touché pendant une période de préavis obligatoire) que ceux qui s'appliqueraient pour calculer une indemnité de départ consensuelle. Comme les dommages-intérêts accordés par le tribunal n'étaient pas assujettis à l'impôt, il a également été statué que l'indemnité versée dans le cadre du règlement hors cour d'une action pour congédiement injustifié ne serait pas non plus assujettie à l'impôt.

23

The position taken by the courts towards such payments was clearly accepted by the Minister of National Revenue. In Interpretation Bulletin IT-365, dated March 21, 1977, and entitled "Damages, Settlements, and Similar Receipts", it is stated:

Le ministre du Revenu national a clairement fait sienne la position adoptée par les tribunaux à l'égard de tels versements. Dans le bulletin d'interprétation IT-365 daté du 21 mars 1977 et intitulé «Dommages-intérêts, indemnités et sommes semblables reçues», on affirme:

Receipts in Respect of Termination of Employment

Sommes reçues lors de la cessation d'un emploi

2. An amount that a taxpayer receives on the termination of his employment may consist of many components such as amounts in respect of salaries, accumulated leave credits, retiring allowances, compensation for loss of job opportunity or for lack of adequate or reasonable notice, or other similar amounts. That part of the amount that represents salary or wages that the taxpayer would have received under the contract is taxable pursuant to the provisions of section 5 of the Act. The portion of the amount that is damages for breach of contract or loss of future job opportunity is not taxable. It is a question of fact whether all or some portion of the amount received is on account of salary, retiring allowance, or an obligation arising out of an agreement. For example a taxpayer may be dismissed with proper notice and be paid "salary" (which would be taxable) for the period of notice even if the dismissed employee was not required to perform the normal duties of his position during that period. On the other hand, the fact that damages may be calculated by reference to salary that would have been payable if the relationship had not been terminated or because they are colloquially called "salary"

2. Une somme qu'un contribuable reçoit à la cessation de son emploi peut comprendre nombre d'éléments tels que des montants représentant des salaires, des congés annuels accumulés, des indemnités de retraite, des indemnités pour la perte d'une occasion d'emploi ou pour manque d'avis convenable et raisonnable de mise à pied, ou d'autres sommes semblables. La fraction du montant qui représente le traitement ou salaire que le contribuable aurait reçu en vertu du contrat est imposable conformément aux dispositions de l'article 5. La fraction du montant qui constitue des dommages-intérêts relatifs à la rupture d'un contrat ou à la perte d'occasions d'emploi futures n'est pas imposable. C'est une question de fait que celle de savoir si la somme reçue constitue entièrement ou en partie un salaire, une indemnité de retraite ou une obligation découlant d'une entente. Par exemple, un contribuable peut être congédié par un avis en bonne et due forme et recevoir un «salaire» (qui serait imposable) pour la période déterminée par l'avis même s'il n'est pas tenu d'exercer les fonctions normales de son poste au cours de ladite période. Par ailleurs, le fait que les dommages-intérêts peuvent être calculés en fonction du salaire qui aurait été payable si les liens en cause n'avaient pas été rom-

does not alter the character of the payments to one of “salary”. [Emphasis added.]

It was also settled that such payments did not constitute retiring allowances as contemplated by the Act. The definition of “retiring allowance” was different then and read:

248. (1) . . .
“retiring allowance” means an amount received upon or after retirement from an office or employment in recognition of long service or in respect of loss of office or employment (other than a superannuation or pension benefit), whether the recipient is the officer or employee or a dependant, relation or legal representative;

At that time, retiring allowances related only to payments made by an employer following voluntary cessation of employment on the part of the ex-employee or again following cessation upon the arrival of a condition agreed upon by the parties, thus excluding from the scope of the definition payments made by the employer in pursuance of a judicial order or in settlement of pending or threatened litigation following unilateral dismissal of the ex-employee. The position adopted by the courts is best explained by reference to Collier J.’s reasons in *Specht v. The Queen*, [1975] F.C. 150 (T.D.), where the taxpayer had received from his ex-employer a payment in compensation for the consequences of the latter’s unilateral decision to terminate employment. There Collier J. had this to say, at p. 158:

In my view, the payment here was not made upon or after the plaintiff’s retirement. The plaintiff did not retire or go into retirement from his occupation with MacMillan Bloedel within the ordinary meaning of “retire” or “retirement”. That is, he did not withdraw from his employment because he had reached a mutually stipulated age, or generally withdraw from his occupation or business activity. I have obtained some assistance on this point, in endeavouring to ascertain the ordinary meaning of “retirement”, from dictionary definitions:

The Shorter Oxford English Dictionary (3rd ed. rev):
“withdrawal from occupation or business activity”

pus ou en raison de l’emploi abusif du terme «salaire» ne change pas les paiements en «salaire». [Je souligne.]

Il était également établi que de tels paiements ne constituaient pas des allocations de retraite au sens de la Loi. Voici le libellé de la définition d’«allocation de retraite», qui était alors différente:

248. (1) . . .
«allocation de retraite» signifie une somme (sauf une prestation de pension de retraite ou de pension) versée en reconnaissance de longs états de service ou pour perte de charge ou d’emploi, à partir du moment où une personne quitte sa charge ou son emploi pour prendre sa retraite, que le bénéficiaire soit le cadre ou l’employé, une personne à charge, un parent ou un représentant légal;

L’allocation de retraite ne correspondait alors qu’au versement effectué par l’employeur à la suite d’une cessation volontaire d’emploi par l’ancien employé ou encore d’une cessation d’emploi consécutive à la réalisation d’une condition dont les parties avaient convenu, de sorte que la définition n’englobait pas le versement effectué par l’employeur aux termes d’une ordonnance judiciaire ou dans le cadre du règlement d’une poursuite intentée ou susceptible de l’être par suite du congédiement de l’ancien employé. Les motifs du juge Collier dans *Specht c. La Reine*, [1975] C.F. 150 (1^{re} inst.), illustrent très bien la position adoptée par les tribunaux. Dans cette affaire, l’ancien employeur avait versé une somme au contribuable pour l’indemniser des conséquences de sa décision unilatérale de mettre fin à son emploi. Le juge Collier dit ceci, à la p. 158:

À mon avis, le paiement en l’espèce n’a pas été fait à l’occasion ou à la suite de la retraite du demandeur. Le demandeur n’a pas pris sa retraite de ses fonctions à la MacMillan Bloedel au sens ordinaire du mot «retraite». C’est-à-dire qu’il n’a pas quitté son emploi parce qu’il avait l’âge convenu ni abandonné complètement ses occupations ou ses activités commerciales. Sur ce point, en m’efforçant de vérifier le sens courant du mot «retraite», je me suis servi des définitions de dictionnaires:

The Shorter Oxford English Dictionary (3^e édition rév.): [TRADUCTION] «abandon de l’activité professionnelle ou commerciale»

The Living Webster (1st ed.): “retire” “to withdraw from business or active life”.

The contract of employment in this case (Exhibit 1) uses the words “retire” and “retirement” in clauses 1 and 2. Age 65 was stipulated, but extensions could be agreed upon. In my view, “retirement” was used by the parties in its ordinary meaning as set out above: a cessation of or withdrawal from work because of an age stipulation or because of some other condition agreed between employer and employee.

Although Collier J. did not refer to any authority on the issue, his position was consistent with the jurisprudence applicable at that time; see *No. 45 v. Minister of National Revenue*, 52 D.T.C. 72 (T.A.B.); *Larson v. Minister of National Revenue*, 67 D.T.C. 81 (T.A.B.); and *Jones v. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 4 (T.A.B.); see also Goodwin, *supra*, at pp. 829-32; B. G. Hansen, “The Taxation of Employees”, in B. G. Hansen, V. Krishna and J. A. Rendall, eds., *Canadian Taxation* (1981), 117, at p. 160; and A. R. A. Scace, *The Income Tax Law of Canada* (4th ed. 1979), at p. 63. Collier J. reiterated his position in *Atkins*, and applied the reasoning laid down in *Specht*. The Federal Court of Appeal did not deal with the issue in its reasons because, apparently, the Crown had abandoned the retiring allowance argument on appeal: Goodwin, *supra*, at p. 830, and Krishna, “Characterization of Wrongful Dismissal Awards for Income Tax”, *supra*, at p. 53.

25

Here again, Interpretation Bulletins offer some helpful hindsight. The Minister wrote, in Interpretation Bulletin IT-337R, dated November 19, 1979, and entitled “Retiring Allowances”:

1. Amounts received by a former employee arising out of or in consequence of the termination of employment are usually included as income from that employment under subsection 5(1) alone or together with paragraph 6(3)(b) (see IT-196R), or as a retiring allowance under subparagraph 56(1)(a)(ii). One common exception is where the payment constitutes damages in respect of a breach of the contract of employment by the former employer. [Emphasis added.]

The Living Webster (1^{ère} éd.) [TRADUCTION] «prendre sa retraite», «se retirer de la vie commerciale ou active.»

Le contrat de travail en l’espèce (pièce 1), emploie l’expression «prendre sa retraite» dans les clauses 1 et 2. On avait prévu l’âge de 65 ans, mais on pouvait se mettre d’accord sur un âge plus avancé. À mon avis, les parties ont employé le mot «retraite» dans son sens courant, indiqué ci-dessus: l’action de cesser ou d’abandonner le travail en raison d’une stipulation relative à l’âge ou pour d’autres raisons convenues entre employeur et employé.

Même si le juge Collier n’a cité aucun arrêt à cet égard, sa position était conforme à la jurisprudence applicable à l’époque; voir *No. 45 c. Minister of National Revenue*, 52 D.T.C. 72 (C.A.I.); *Larson c. Minister of National Revenue*, 67 D.T.C. 81 (C.A.I.), et *Jones c. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 4 (C.A.I.); voir également Goodwin, *loc. cit.*, aux pp. 829 à 832; B. G. Hansen, «The Taxation of Employees», dans B. G. Hansen, V. Krishna et J. A. Rendall, dir., *Canadian Taxation* (1981), 117, à la p. 160, et A. R. A. Scace, *The Income Tax Law of Canada* (4^e éd. 1979), à la p. 63. Le juge Collier a réitéré sa position dans *Atkins* et a appliqué le raisonnement tenu dans *Specht*. La Cour d’appel fédérale n’a pas examiné la question dans ses motifs, car, apparemment, l’État avait abandonné, en appel, l’argument relatif à l’allocation de retraite: Goodwin, *loc. cit.*, à la p. 830, et Krishna, «Characterization of Wrongful Dismissal Awards for Income Tax», *loc. cit.*, à la p. 53.

Encore une fois, les bulletins d’interprétation offrent une rétrospective utile. Le Ministre écrit ceci dans le bulletin d’interprétation IT-337R daté du 19 novembre 1979 et intitulé «Allocations de retraite»:

1. Les sommes reçues par un ancien employé du fait de la cessation d’emploi, ou par suite de celle-ci, sont habituellement incluses à titre de revenu tiré de cet emploi en vertu du paragraphe 5(1) seul ou associé à l’alinéa 6(3)b) (voir le IT-196R), ou à titre d’allocation de retraite en vertu du sous-alinéa 56(1)a)(ii). Une exception qui se présente fréquemment est celle du paiement qui constitue des dommages pour rupture de contrat de travail par l’ancien employeur. [Je souligne.]

Clearly then, at the end of the 1970s, it had been settled and accepted by all, including the Minister of Revenue, that damages received by an employee, from his ex-employer, as a result of the latter's cancellation of the employment contract, did not constitute income from office or employment taxable under s. 5(1) or a retiring allowance taxable under s. 56(1)(a)(ii) of the Act.

This, without doubt, constitutes the mischief Parliament intended to remedy in 1979 when it amended the Act and introduced the concept of "termination payments". Termination payments were rendered taxable through s. 56(1)(a)(viii) and were defined in s. 248(1) in the following manner:

248. (1) . . .

"termination payment", for a taxation year, means an amount equal to the lesser of

(a) the aggregate of all amounts each of which is an amount received in the year in respect of a termination of an office or employment, whether or not received pursuant to an order or judgment of a competent tribunal, other than

(i) an amount required by any provision of this Act (other than subparagraph 56(1)(a)(viii)) to be included in computing the income of a taxpayer for a year,

(ii) an amount in respect of which an election has been made under subsection 40(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971*, and

(iii) an amount received in the year as a consequence of the death of an employee, and

(b) the amount by which 50% of the aggregate of all amounts each of which is the amount that may reasonably be considered to be the employee's salary, wages and other remuneration from an office or employment for the 12 months preceding the date that is the earlier of

(i) the date on which the office or employment was terminated, and

(ii) the date on which an agreement, if any, in respect of the termination was entered into

Il est donc clair qu'à la fin des années 70 il était établi et reconnu par tous, y compris le ministre du Revenu, que les dommages-intérêts versés à un employé par son ancien employeur, à la suite de l'annulation du contrat de travail par ce dernier, ne constituaient pas un revenu tiré d'une charge ou d'un emploi imposable en vertu du par. 5(1), ni une allocation de retraite imposable en vertu du sous-al. 56(1)(a)(ii) de la Loi.

Il s'agit sans doute de la lacune que le législateur a voulu combler en 1979 lorsqu'il a modifié la Loi et introduit la notion de «paiements de cessation d'une charge ou d'un emploi». Les paiements de cessation d'une charge ou d'un emploi sont devenus imposables en vertu du sous-al. 56(1)(a)(viii) et ont été définis au par. 248(1) de la façon suivante:

248. (1) . . .

«paiement de cessation d'une charge ou d'un emploi» pour une année d'imposition désigne la somme égale à la moins élevée des sommes suivantes:

a) le total de tous les montants dont chacun représente un montant reçu dans l'année à l'égard de la cessation d'une charge ou d'un emploi, qu'il soit reçu ou non conformément à une ordonnance ou à un jugement d'un tribunal compétent, à l'exception

(i) d'un montant qui doit être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année conformément à toute disposition de la présente loi (autre que le sous-alinéa 56(1)(a)(viii)),

(ii) d'un montant à l'égard duquel un choix a été fait en vertu du paragraphe 40(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, et

(iii) d'un montant reçu dans l'année par suite du décès d'un employé, ou

b) l'excédent de 50% du total de tous les montants dont chacun représente le montant qui peut raisonnablement être considéré comme étant le traitement, salaire ou une autre rémunération de l'employé tiré d'une charge ou d'un emploi et reçu pour les 12 mois qui précèdent la première des dates suivantes:

(i) la date à laquelle la charge ou l'emploi a cessé, ou

(ii) la date à laquelle une entente, si entente il y a, a été conclue à l'égard de la cessation

exceeds the amount determined under paragraph (a) for each previous year in respect of that termination

sur le montant déterminé conformément à l'alinéa a) reçu au cours de chaque année antérieure à l'égard de cette cessation,

whether the recipient is the officer or employee whose office or employment was terminated or a dependant, relation or legal representative of the officer or employee;

que le bénéficiaire soit le cadre ou l'employé dont la charge ou l'emploi a cessé ou une personne à charge, un parent ou un représentant légal du cadre ou de l'employé;

In Interpretation Bulletin IT-365R, dated March 9, 1981, the Department of National Revenue stated its position on termination payments and emphasized that the portion of a payment exceeding the amount to be considered a "termination payment" under s. 248(1) was considered to be a non-taxable benefit. This is consistent with the fact that before this amendment, amounts such as those received by Mr. Schwartz were not taxable under the Act.

Dans le bulletin d'interprétation IT-365R daté du 9 mars 1981, le ministère du Revenu national énonce sa position concernant les paiements de cessation d'une charge ou d'un emploi et insiste sur le fait que la partie du paiement qui excède le montant considéré comme un «paiement de cessation d'une charge ou d'un emploi», au sens du par. 248(1), est assimilée à un avantage non imposable. Cela est compatible avec le fait qu'avant cette modification une somme comme celle reçue par M. Schwartz n'était pas imposable en vertu de la Loi.

28

Parliament again addressed the issue in 1983 by making termination payments of this kind taxable as retiring allowances. To that end, s. 56(1)(a)(viii) and the definition of "termination payment" found in s. 248(1) were repealed, and the definition of "retiring allowance" was amended in a form that is substantially the same as the definition applicable to this appeal. The purpose of this second series of amendments was to somehow broaden the scope of the Act with respect to such payments, which became fully taxable, as opposed to the partial taxability of termination payments.

Le législateur est intervenu de nouveau en 1983 en rendant les paiements de cessation d'une charge ou d'un emploi imposables à titre d'allocation de retraite. C'est pourquoi le sous-al. 56(1)a)(viii) et la définition de «paiement de cessation d'une charge ou d'un emploi» au par. 248(1) ont été abrogés, et la définition d'«allocation de retraite» a été modifiée pour correspondre essentiellement à celle qui s'applique au présent pourvoi. Cette deuxième série de modifications visait en quelque sorte à élargir la portée de la Loi relativement à ce genre de paiement qui est devenu imposable en totalité, par opposition à l'assujettissement partiel à l'impôt du paiement de cessation d'une charge ou d'un emploi.

29

As will become evident throughout these reasons, this historical perspective must be steadily kept in mind in considering the proper scope and the applicability to the case at bar of the provisions relied upon by the Minister in assessing the compensation received by Mr. Schwartz. I, therefore, turn to the specific grounds relied upon by the Crown before our Court.

Comme le révéleront les présents motifs, il faut constamment garder à l'esprit cette perspective historique en examinant la portée et l'applicabilité en l'espèce des dispositions invoquées par le Ministre à l'appui de la cotisation établie à l'égard de l'indemnité touchée par M. Schwartz. J'aborde donc maintenant les moyens précis que l'État fait valoir devant notre Cour.

B. *The Taxability of the Compensation Received by Mr. Schwartz*

As I noted at the outset, the Minister argued that the amount of compensation relating to lost salary and stock options (\$342,000) constitutes income from a source taxable under the general provision of s. 3(a) of the Act, such source being the contract of employment. I pause here to mention that what the Crown argued before us differs somewhat from the approach adopted by the Federal Court of Appeal. Mahoney J.A. found that \$342,000 of the \$360,000 was income from employment since it had been received by Mr. Schwartz to compensate for loss of moneys that, if duly received, would have constituted income from employment taxable under s. 5(1). Before us, the Crown did not argue that this amount constitutes income from employment. It first submitted that the application of the *surrogatum* principle, developed in the *London & Thames* case, *supra*, leads to the conclusion that \$342,000 of the \$360,000 received by Mr. Schwartz must be characterized as income from a source, since it compensates Mr. Schwartz for loss of moneys that, if received, would have constituted income from a source. The Minister then identifies that source as being the employment contract, a source other than the five enumerated in s. 3(a) and the "other sources" provided for in Subdivision d of Division B of Part I of the Act. The difference lies in the Minister's argument relating to the specific source of the damages received by the appellant.

(1) Income from a Source: Taxability under Section 3(a) of the Act

In order to deal with the substance of the Crown's main argument, it is necessary to analyze the correctness of the premise on which it is based. This requires us to deal with the Federal Court of Appeal's decision to reconsider Rip J.T.C.C.'s finding regarding the apportionment that was made by the parties of the compensation received by Mr. Schwartz.

B. *L'assujettissement à l'impôt de l'indemnité touchée par M. Schwartz*

Comme je l'ai signalé au départ, le Ministre a prétendu que le montant de l'indemnité relative à la perte du salaire et des options d'achat d'actions (342 000 \$) constitue un revenu tiré d'une source imposable en vertu de la disposition générale de l'al. 3a) de la Loi, cette source étant le contrat de travail. Je fais remarquer, incidemment, que l'argument de l'État devant notre Cour diffère quelque peu de la démarche adoptée par la Cour d'appel fédérale. Le juge Mahoney a conclu qu'une partie de la somme de 360 000 \$, à savoir 342 000 \$, constituait un revenu tiré d'un emploi puisqu'elle avait été versée à M. Schwartz pour l'indemniser de la perte de sommes qui, s'il les avait dûment touchées, auraient constitué un revenu d'emploi imposable en vertu du par. 5(1). L'État n'a pas soutenu devant nous que cette somme constitue un revenu d'emploi. Il a d'abord fait valoir que l'application du principe de la substitution, établi dans l'affaire *London & Thames*, précitée, amène à conclure qu'une partie de la somme de 360 000 \$ touchée par M. Schwartz, soit 342 000 \$, doit être qualifiée de revenu tiré d'une source puisqu'elle sert à l'indemniser de la perte de sommes qui, s'il les avaient touchées, auraient constitué un revenu tiré d'une source. Le Ministre affirme ensuite que cette source est le contrat de travail, une source qui ne figure pas parmi les cinq énumérées à l'al. 3a) et qui ne fait pas partie des «autres sources» visées à la sous-section d de la section B de la partie I de la Loi. La différence réside dans l'argument du Ministre concernant la source précise des dommages-intérêts reçus par l'appellant.

(1) Revenu tiré d'une source: assujettissement à l'impôt en vertu de l'al. 3a) de la Loi

Pour statuer sur le fond de l'argument principal de l'État, il est nécessaire d'analyser la justesse de la prémisse sur laquelle il repose. Cela nous oblige à examiner le bien-fondé de la décision de la Cour d'appel fédérale de revoir la conclusion du juge Rip concernant la répartition, par les parties, du montant de l'indemnité versée à M. Schwartz.

(a) *The Finding of Fact*

32

It has long been settled that appellate courts must treat a trial judge's findings of fact with great deference. The rule is principally based on the assumption that the trier of fact is in a privileged position to assess the credibility of witnesses' testimony at trial. Lord Shaw thus explained the underlying principles of the rule in *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, at pp. 36-37:

When a Judge hears and sees witnesses and makes a conclusion or inference with regard to what is the weight on balance of their evidence, that judgment is entitled to great respect, and that quite irrespective of whether the Judge makes any observation with regard to credibility or not. I can of course quite understand a Court of appeal that says that it will not interfere in a case in which the Judge has announced as part of his judgment that he believes one set of witnesses, having seen them and heard them, and does not believe another. But that is not the ordinary case of a cause in a Court of justice. In Courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page.

See also, *inter alia*, *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, at p. 293; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 358; and my comments in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426. Others have also pointed out additional judicial policy concerns to justify the rule. Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact; see R. D. Gibbens,

a) *La conclusion de fait*

Il est établi depuis longtemps que les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait d'un juge de première instance. La règle se justifie principalement par la situation avantageuse dont bénéficie le juge des faits pour ce qui est d'évaluer la crédibilité des témoignages entendus au procès. Lord Shaw explique ainsi les principes qui sous-tendent la règle, dans *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, aux pp. 36 et 37:

[TRADUCTION] Lorsqu'un juge entend et voit les témoins et qu'il tire une conclusion ou fait une déduction basée sur la force probante qu'il attribue à ces témoignages, ce jugement doit être traité avec le plus grand respect, même si le juge n'a fait aucune observation à l'égard de la crédibilité. Naturellement, je comprends très bien une cour d'appel qui décide de ne pas intervenir dans le cas où le juge dit dans ses motifs qu'il croit certains témoins plutôt que d'autres, après les avoir vus et entendus. Mais ce n'est pas ce qui se produit ordinairement. Ordinairement, devant une cour de justice, les choses sont partagées beaucoup plus également; des témoins sans parti pris conscient peuvent, par leur attitude, leur tenue, leur hésitation, la nuance de leurs expressions, voire par leurs cillements, avoir fait sur celui qui les a vus et entendus une impression ne pouvant être rendue sur papier.

Voir aussi, notamment, *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, à la p. 293; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358, et mes observations dans *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. D'autres préoccupations liées à la politique judiciaire ont par ailleurs été invoquées pour justifier la règle. Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant

“Appellate Review of Findings of Fact” (1992), 13 *Adv. Q.* 445, at pp. 445-48; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191, at p. 204. This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge; see *Hodgkinson*, at p. 425.

The courts have thus adopted a general rule concerning situations where an appellate court will be justified in intervening in a trial judge’s findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial. The generally accepted formulation of the applicable standard is as stated by Ritchie J. in *The Ship “Kathy K”*, *supra*, where, after reviewing the relevant authorities, he wrote, 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. [Emphasis added.]

This Court has also held, in *Beaudoin-Daigneault*, *supra*, at pp. 8-9, that an appellate court will be justified in disturbing the trial judge’s findings of fact only if a specific and identifiable error made by the trial judge convinces it that the conclusion of fact reached is unreasonable, and not one that constitutes a mere divergence of opinion as to the assessment of the balance of probabilities. Further, it was held that a second appellate court should only intervene in a first appellate court’s decision to overturn findings of fact made at trial if it is

preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; voir R. D. Gibbens, «Appellate Review of Findings of Fact» (1992), 13 *Adv. Q.* 445, aux pp. 445 à 448; *Fletcher c. Société d’assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, à la p. 204. Cela explique pourquoi la règle s’applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu’elle puisse alors s’appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance; voir *Hodgkinson*, à la p. 425.

Les tribunaux ont donc adopté une règle générale applicable aux cas où une cour d’appel est fondée à modifier les conclusions de fait d’un juge de première instance et d’y substituer sa propre appréciation de la preuve offerte au procès. C’est au juge Ritchie, dans l’arrêt *Le navire «Kathy K»*, précité, que l’on doit la formulation généralement acceptée de la norme applicable à cet égard. Après avoir examiné la jurisprudence pertinente, il écrit ceci, 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. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Beaudoin-Daigneault*, précité, aux pp. 8 et 9, notre Cour a également statué qu’une cour d’appel n’est fondée à modifier les conclusions de fait du juge de première instance que si elle est convaincue, en raison d’une erreur précise et discernable de la part de ce dernier, que la conclusion de fait tirée est déraisonnable et qu’il ne s’agit pas simplement d’une divergence d’opinions quant à l’appréciation de la prépondérance des probabilités. De plus, notre Cour a conclu qu’une seconde cour d’appel ne devrait modifier la décision de la première cour d’appel d’écarter les conclusions de fait tirées en première instance que si elle est con-

convinced that the first appellate court's intervention was not justified.

vaincue que l'intervention de la première cour d'appel n'était pas justifiée.

34

What thus constitutes an error justifying an appellate court's intervention in the findings of fact made at trial? In the present case, the respondent successfully argued before the Federal Court of Appeal that the trial judge had clearly omitted to consider documentary evidence that contradicted the appellant's testimony regarding the allocation made by the parties of the damages. It is now accepted that a clear omission of evidence by the trier of fact is the kind of error that can and will justify a reconsideration of the evidence by an appellate court. In *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474, the appellant sued the Province of Quebec after being unjustly convicted of causing the death of another person during a fist fight. The Quebec Superior Court and the Court of Appeal both dismissed Chartier's claim. The trial judge, whose findings were endorsed by the Court of Appeal, mentioned only the depositions of the provincial police officers and disregarded evidence relating to the baldness of the true assailant which had been observed by four eyewitnesses and which had not been taken into account by the Quebec Police Force in preparing a composite sketch. Pigeon J., for the majority, found that a reconsideration of the trial judge's findings of fact in that case was justified. He stated, at p. 493:

The question now is on what basis could the trial judge dismiss the claim when faced with these facts that are practically all established by undisputed documents. Counsel for the Attorney General relies on our rule against interference with concurrent findings. But this rule admits of certain exceptions, particularly where the courts below have misapprehended or overlooked material evidence. Here it must be noted that, out of all the evidence, the trial judge mentioned only the depositions of the provincial police officers. He did not say a word of the baldness of the true assailant, which was observed by four eyewitnesses, and which the Quebec Police

Qu'est-ce qui constitue alors une erreur justifiant la modification, par une cour d'appel, des conclusions de fait tirées en première instance? En l'espèce, l'intimée a fait valoir avec succès devant la Cour d'appel fédérale que le juge de première instance avait manifestement omis de tenir compte d'une preuve documentaire qui contredisait le témoignage de l'appelant concernant la répartition des dommages-intérêts par les parties. Il est maintenant reconnu que l'omission manifeste du juge des faits de prendre en considération un élément de preuve constitue le genre d'erreur qui peut justifier et justifiera le réexamen de la preuve par une cour d'appel. Dans l'affaire *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474, l'appelant poursuivait la province de Québec après avoir été injustement reconnu coupable d'avoir causé la mort d'autrui lors d'un échange de coups de poing. La Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel ont toutes deux débouté M. Chartier. Le juge du procès, dont les conclusions ont été entérinées par la Cour d'appel, n'a fait mention que des dépositions des agents de la Sûreté du Québec et n'a pas tenu compte de la preuve relative à la calvitie du véritable agresseur que quatre témoins oculaires avaient remarquée, ce dont n'avait pas non plus tenu compte la Sûreté du Québec en préparant un portrait robot. Le juge Pigeon a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que, dans ce cas, le réexamen des conclusions de fait du juge de première instance était justifié. Voici ce qu'il affirme à la p. 493:

Il faut maintenant se demander comment devant ces faits qui sont pratiquement tous établis par des documents incontestés, le juge du procès a pu conclure au rejet de la poursuite. L'avocat du Procureur général n'a pas manqué d'invoquer notre règle de ne pas intervenir à l'encontre de conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure. Mais cette règle admet certaines exceptions, notamment dans le cas où les premiers juges se sont mépris sur une preuve importante ou l'ont méconnue. Ici il faut bien constater que, de toute la preuve, le juge du procès n'a retenu que les affirmations des agents de la Sûreté. De la calvitie du véritable agres-

Force did not take into account in preparing the composite sketch.

An appellate court will be justified in interfering with the trial judge's findings of fact if certain relevant evidence was not considered. This means that the appellate court will be justified in conducting its own assessment of the balance of probabilities, taking into consideration the omitted elements. It does not necessarily mean, however, that the appellate court will come to a different conclusion from that arrived at by the trial judge. It could be that a reconsideration of the evidence, taking into consideration the omitted evidence, calls for a different conclusion on a given factual situation. It could also be that the omitted evidence, even when considered, would not have led to a different conclusion, in view of the weight to be given it. In that sense, the appellate court must, in order to disturb the trial judge's findings of fact, come to the conclusion that the evidence in question and the error made by the trial judge in disregarding it were overriding and determinative in the assessment of the balance of probabilities with respect to that factual issue.

This Court has also developed principles to guide a second appellate court's role regarding findings of fact made by the trial judge that have been overturned by a first appellate court. In *Beaudoin-Daigneault*, *supra*, Lamer J., as he then was, referred to this Court's decision in *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537, at pp. 538-39, where Taschereau J. stated what was subsequently held to be the governing principle on the power of a second appellate court to reconsider a first appellate court's decision to disturb a finding of fact made by the trial judge:

For it is settled law upon which we have often acted here, that where a judgment upon facts has been rendered by a court of first instance, and a first court of appeal has reversed that judgment, a second court of appeal should interfere with the judgment on the first

seur observée par quatre témoins oculaires et dont la Sûreté n'a pas tenu compte dans la confection du portrait robot, il ne dit pas un mot.

Une cour d'appel peut modifier les conclusions de fait du juge de première instance lorsque certains éléments de preuve pertinents n'ont pas été pris en considération. Ainsi, la cour d'appel peut procéder à sa propre appréciation de la prépondérance des probabilités en tenant compte des éléments non considérés en première instance. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que la cour d'appel arrivera à une conclusion différente de celle tirée par le juge de première instance. Il se pourrait que le réexamen de la preuve, compte tenu des éléments non considérés précédemment, entraîne une conclusion différente relativement à une situation de fait donnée. Il se pourrait également que les éléments non considérés, même lorsqu'ils sont pris en considération, ne mènent pas à une conclusion différente en raison de la force probante qui doit leur être accordée. C'est dans ce sens que, pour pouvoir modifier les conclusions de fait du juge de première instance, la cour d'appel doit conclure que la preuve en cause et l'erreur commise par le juge de première instance en n'en tenant pas compte étaient dominantes et déterminantes dans l'appréciation de la prépondérance des probabilités relativement à cette question de fait.

Notre Cour a également établi des principes afin de guider la seconde cour d'appel relativement aux conclusions de fait du juge de première instance qui sont écartées par la première cour d'appel. Dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault*, précité, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a cité l'arrêt de notre Cour *Demers c. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537, aux pp. 538 et 539, dans lequel le juge Taschereau a énoncé ce qui allait devenir par la suite le principe directeur quant au pouvoir d'une seconde cour d'appel de revoir la décision de la première cour d'appel de modifier une conclusion de fait du juge de première instance:

[TRADUCTION] Car c'est un principe juridique établi sur lequel nous nous sommes souvent fondés en cette Cour que lorsqu'une cour de première instance a rendu jugement sur des faits et qu'une cour d'appel a infirmé ce jugement, la seconde cour d'appel ne devrait modifier le

appeal, only if clearly satisfied that it is erroneous;
[Emphasis added.]

Seventy years later, Fauteux J., in *Dorval, supra*, at p. 294, shed some light on the scope and meaning of Taschereau J.'s reasons in *Demers*. Commenting on the above cited excerpt, he wrote:

[TRANSLATION] That is the rule followed in this Court and applied again recently in *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635. Thus, in order to intervene in this case, it would be necessary to be clearly satisfied that the judgment of the Court of Appeal is erroneous, either with respect to the reason for its intervention or with respect to its assessment of the evidence in the record. [Emphasis added.]

(See also *Beaudoin-Daigneault*, at p. 8.) Clearly, if the ground upon which a first appellate court relies to justify disturbance — being a question of law — is, in the eyes of a second appellate court, ill-founded, the trial judge's decision will be restored by the second appellate court. If a second appellate court agrees with the first appellate court on the ground upon which the latter intervened, must it show some kind of deference towards the first appellate court's assessment of the balance of probabilities or can it only substitute its own assessment of the evidence?

37

In my view, nothing justifies a second appellate court in showing that kind of deference to the assessment of the balance of probabilities made by the first appellate court. If the second appellate court agrees that the trial judge made some kind of error that justifies intervention, it should be free to reconsider the evidence and substitute its own findings of fact for that of the first court of appeal's if disagreement occurs. The first appellate court is not in a more advantageous or privileged position than the second court of appeal in assessing the evidence. It does not see or hear the witnesses testifying, nor benefit from the general insight that comes from participating at the trial. Moreover, judicial policy concerns referred to earlier regarding a trial court's role would obviously not justify deference towards the assessment made by an appellate court. There is therefore no reason

jugement rendu dans le premier appel que si elle est absolument convaincue que ce jugement est erroné; [Je souligne.]

Soixante-dix ans plus tard, dans l'arrêt *Dorval*, précité, à la p. 294, le juge Fauteux a précisé la portée et le sens des motifs du juge Taschereau dans l'affaire *Demers*. Formulant des observations sur l'extrait précité, il dit:

C'est là la règle suivie en cette Cour et récemment encore appliquée dans *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635. Ainsi donc, pour intervenir dans cette cause, il faudrait être clairement satisfait que le jugement de la Cour d'appel est erroné, soit quant à la raison motivant son intervention ou quant à son appréciation de la preuve au dossier. [Je souligne.]

(Voir également *Beaudoin-Daigneault*, à la p. 8.) De toute évidence, lorsque le motif invoqué par la première cour d'appel pour justifier la modification — ce qui constitue une question de droit — n'est pas fondé selon la seconde cour d'appel, cette dernière rétablit la décision du juge de première instance. Lorsque la seconde cour d'appel est d'accord avec le motif pour lequel la première cour d'appel est intervenue, doit-elle faire preuve d'une certaine retenue envers l'appréciation de la prépondérance des probabilités qu'a faite la première cour d'appel ou peut-elle seulement substituer sa propre appréciation de la preuve?

À mon avis, rien ne justifie que la seconde cour d'appel fasse preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la prépondérance des probabilités par la première cour d'appel. Lorsqu'elle convient que le juge de première instance a commis une erreur qui justifie une intervention, la seconde cour d'appel devrait pouvoir réexaminer la preuve et substituer ses propres conclusions de fait à celles de la première cour d'appel en cas de désaccord. La première cour d'appel n'est pas dans une situation plus avantageuse que la seconde cour d'appel pour apprécier la preuve. Elle ne voit ni n'entend les témoins s'exécuter et elle ne bénéficie pas de la vue d'ensemble que confère la participation au procès. En outre, il est évident que les préoccupations liées à la politique judiciaire qui ont été mentionnées précédemment au sujet du rôle d'un tribunal de première instance ne justifieraient pas que

to impose any duty of deference on a second court of appeal in those specific circumstances.

With that in mind, I now move on to a consideration of the factual issue. The essence of the Crown's argument, before the Federal Court of Appeal and this Court, is that Rip J.T.C.C. erred because in assessing the evidence on the question of apportionment, he failed to consider evidence which contradicted Mr. Schwartz's testimonial evidence. Rip J.T.C.C. found that the amount received by Mr. Schwartz in compensation was mostly for mental distress suffered as a result of the termination of the contract and that no specific allocation had been agreed upon by the parties. In the Federal Court of Appeal's opinion, that contradictory evidence consisted in the June letters, in which the parties' solicitors made offers to settle the litigation and calculated the proposed amounts by reference to lost salary and stock options.

To find that Rip J.T.C.C. erred in overlooking contradictory evidence on the allocation made by the parties of the settlement amount, one must obviously first be convinced that the June letters in fact do constitute evidence as to the allocation made by the parties of the settlement amount and that such evidence is in contradiction of Mr. Schwartz's testimonial evidence. I do not think that is the case.

The June letters certainly do constitute evidence that is relevant to this litigation. They establish that in arriving at the final settlement amount of \$400,000, both Dynacare and Mr. Schwartz considered losses of salary and stock options, thereby supporting the appellant's testimony on this point. In that sense, the June letters are evidence of the fact that the amount of \$360,000 is composed, at least in part, of amounts paid to Mr. Schwartz in compensation for losses of salary and stock options. But can they be considered evidence as to what portion of the \$360,000 was allocated to such losses?

l'on fasse preuve de retenue envers l'appréciation de la preuve par une cour d'appel. Il n'y a donc aucune raison d'obliger une seconde cour d'appel à faire preuve de retenue dans ces circonstances précises.

Compte tenu de cela, je passe maintenant à l'examen de la question de fait. Essentiellement, l'argument de l'État, en Cour d'appel fédérale et devant notre Cour, veut que le juge Rip ait commis une erreur du fait qu'en appréciant la preuve relative à la répartition il n'a pas tenu compte d'éléments de preuve qui contredisaient le témoignage de M. Schwartz. Le juge Rip a conclu que la somme touchée par M. Schwartz visait principalement à l'indemniser de la souffrance morale résultant de la résiliation du contrat, et que les parties n'avaient convenu d'aucune répartition particulière. Selon la Cour d'appel fédérale, les éléments de preuve contradictoires étaient les lettres de juin dans lesquelles les avocats des parties proposaient de régler le litige et calculaient les sommes offertes en fonction de la perte du salaire et des options d'achat d'actions.

Pour conclure que le juge Rip a commis une erreur en ne tenant pas compte des éléments de preuve contradictoires relatifs à la répartition du montant du règlement par les parties, il est évident qu'il faut d'abord être convaincu que les lettres de juin constituent effectivement une preuve de cette répartition et que cette preuve contredit le témoignage de M. Schwartz. Je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce.

Les lettres en question constituent sûrement une preuve pertinente aux fins du présent litige. Elles établissent que, pour arriver au montant final du règlement, soit 400 000 \$, Dynacare et M. Schwartz ont tous les deux tenu compte de la perte du salaire et des options d'achat d'actions, ce qui corrobore le témoignage de l'appelant à cet égard. En ce sens, les lettres de juin établissent que la somme de 360 000 \$ se compose, du moins en partie, des sommes versées à M. Schwartz pour l'indemniser de la perte du salaire et des options d'achat d'actions. Mais peut-on considérer qu'elles établissent quelle partie de la somme de 360 000 \$ a été attribuée à cette perte?

38

39

40

41

A global analysis of the evidence on the issue convinces me that this is not the case. There is no evidence that the \$267,000 offered by Dynacare for the stock options was accepted by the appellant. Nor is there any evidence that the \$75,000 claimed by the appellant for lost salary was agreed upon by Dynacare. The letters were written in June, while the final release was signed by the parties at the end of August. In cross-examination, Mr. Schwartz gave the following testimony as to how the parties arrived at the final settlement amount:

Q. And at that time, in [the October 6, 1988] letter, you were offered \$75,000?

A. That is correct.

Q. You didn't agree with that sum of money?

A. That is correct.

Q. You thought you were entitled to more?

A. That is correct.

Q. And you felt that the income that you'd lost as a result of Dynacare's breaking this contract was greater than \$75,000?

. . .

Q. In the colloquial sense, money that you lost, it was worth more than \$75,000?

A. In the broadest sense. I mean, I think when — I think I considered that the money was more. But there were many other factors involved. There was the pain and humiliation. There was the inducement to leave my partnership. This was about many things. The money was one of them.

Q. And you put in a counter-offer of \$400,000?

A. That's correct.

Q. And this was calculated — and I use 'calculated' in the very broad sense — based on, amongst other things, the loss of stock option and the lost income?

A. I would say that that's true in the very broadest sense of the word. I know that my counsel and I and, in fact, counsel for Dynacare struggled to find some way of finding a number that one could rationalize because this involved a number of factors, as I mentioned earlier. My view is, in the end, we never did

L'analyse globale de la preuve relative à cette question me convainc que ce n'est pas le cas. Rien ne prouve que l'appelant a accepté la somme de 267 000 \$ que Dynacare a offerte pour les options d'achat d'actions. Rien ne prouve non plus que la somme de 75 000 \$ que l'appelant a réclamée pour la perte de salaire a été acceptée par Dynacare. Les lettres ont été rédigées en juin, tandis que la quittance finale a été signée par les parties à la fin du mois d'août. En contre-interrogatoire, M. Schwartz a témoigné ainsi quant à la façon dont les parties en sont arrivées au montant final du règlement:

[TRADUCTION]

Q. Et à ce moment, dans [la lettre du 6 octobre 1988], on vous a offert la somme de 75 000 \$?

R. C'est exact.

Q. Vous n'étiez pas d'accord avec ce montant?

R. C'est exact.

Q. Vous estimiez avoir droit à davantage?

R. C'est exact.

Q. Et vous étiez d'avis que le manque à gagner imputable à la rupture du contrat par Dynacare était supérieur à 75 000 \$?

. . .

Q. Communément parlant, l'argent que vous avez perdu valait plus que 75 000 \$?

R. Dans le sens large. Je veux dire, je pense que quand — je pense que j'estimais le montant plus élevé. Mais il y avait beaucoup d'autres facteurs en jeu. Il y avait la souffrance et l'humiliation. Il y avait l'incitation à me retirer du cabinet. Beaucoup de choses comptaient. L'argent n'en était qu'une.

Q. Et vous avez fait une contre-offre de 400 000 \$?

R. C'est ça.

Q. Et vous avez calculé ce montant — j'utilise ici le terme «calculé» dans son sens large — en vous fondant entre autres sur la perte de l'option d'achat d'actions et la perte de revenus?

R. Je dirais que c'est vrai, dans le sens le plus large. Je sais que mon avocat et moi et, en fait, l'avocat de Dynacare, nous nous sommes débattus pour trouver une façon de fixer un chiffre qui pourrait se justifier logiquement, parce que beaucoup de facteurs étaient en jeu, comme je l'ai expliqué tantôt. D'après moi,

and never could and the number was, in some sense, picked from the air.

Q. I'd just like you to flip to Tab 9, please, Mr. Schwartz, pages 33 and 34. That is a copy of the letter from your lawyer?

A. Yes.

Q. At the top of page 34, there is a discussion there about, "apart from the shares, he is entitled to \$75,000 for lost income".

A. That's all correct.

Q. So that was part of the way in which the amount was calculated? That was taken into account?

A. As I said, I think it was taken into account in the broadest sense. It was part of the hurly-burly of the discussions. But, ultimately, it didn't seem to me that that became terribly relevant.

Q. The final amount you actually did settle on was \$360,000 plus costs for \$40,000?

A. That's correct.

It is difficult to see how the solicitors' letters could be seen as constituting evidence as to apportionment when Mr. Schwartz clearly testified to the contrary and Rip J.T.C.C. made no negative finding as to Mr. Schwartz's credibility. It is also noteworthy that the record at trial reveals that the Minister did not even argue that the letters constituted evidence as to apportionment contrary to Mr. Schwartz's testimony. Logically, the Minister should not have the burden of presenting, in every case where the apportionment of a general award is at issue, specific evidence amounting to an explicit expression of the concerned parties' intention with respect to that question. However, there must be some evidence, in whatever form, from which the trial judge will be able to infer, on a balance of probabilities, which part of that general award was intended to compensate for specific types of damages. I believe that the solicitors' letters, considered in the global evidentiary context of the case at bar, are insufficient to serve as a basis for such an inference.

en définitive, on n'y est jamais parvenu et on n'aurait jamais pu y parvenir et cette somme a été plus ou moins choisie arbitrairement.

Q. J'aimerais que vous sautiez à l'onglet 9, s'il-vous-plaît, M. Schwartz, aux pages 33 et 34. C'est une copie de la lettre de votre avocat?

R. Oui.

Q. Au haut de la page 34, on fait mention du fait que «en sus des actions, il a droit à 75 000 \$ pour perte de revenus».

R. C'est bien ça.

Q. C'est donc en partie la façon dont le montant a été calculé? On en a tenu compte?

R. Comme je l'ai dit, je pense qu'on en a tenu compte, dans le sens large du terme. Ça faisait partie de tout le fatras dont on a discuté. Mais, en bout de ligne, il ne me semble pas que ça se soit avéré vraiment pertinent.

Q. Le montant final sur lequel vous vous êtes effectivement entendus était de 360 000 \$ plus 40 000 \$ pour les frais?

R. C'est exact.

Il est difficile de voir comment on pourrait considérer les lettres des avocats comme une preuve de la répartition du montant, alors que M. Schwartz a nettement affirmé le contraire dans son témoignage et que le juge Rip n'a tiré aucune conclusion défavorable au sujet de la crédibilité de M. Schwartz. Il vaut également la peine de mentionner que, selon le dossier du tribunal de première instance, le Ministre n'a même pas fait valoir que les lettres constituaient une preuve qui contredisait le témoignage de M. Schwartz quant à la répartition. Logiquement, le Ministre ne devrait pas être tenu de présenter, dans tous les cas où le litige porte sur la répartition d'une somme globale, un élément de preuve particulier équivalant à une expression explicite de l'intention des parties concernées à cet égard. Il doit cependant y avoir une certaine preuve, quelle qu'elle soit, qui permettra au juge de première instance de déduire, selon la prépondérance des probabilités, quelle partie de la somme globale était destinée à indemniser d'un préjudice donné. Compte tenu de l'ensemble de la preuve présentée en l'espèce, je crois que les lettres des avocats sont insuffisantes pour permettre de faire une telle déduction.

42

The Federal Court of Appeal was, therefore, incorrect in inferring from the letters that the parties had agreed to allocate \$342,000 of the \$400,000 to losses of income relating to salary and stock options; consequently, it was wrong to conclude that the trial judge had failed to consider contradictory evidence. It should also be noted that the Federal Court of Appeal's conclusions as to Mr. Schwartz's credibility — as opposed to those arrived at by Rip J.T.C.C. who, needless to say, had the benefit of seeing the appellant testify — constitute in the present circumstances unjustified and inappropriate intervention by an appellate court on a matter which is at the core of a trial judge's duties. At the very most, these letters establish that the parties considered losses relating to salary and stock options in arriving at the final settlement amount of \$400,000. I, therefore, conclude that the Federal Court of Appeal erred in disturbing the trial judge's finding with respect to apportionment.

43

As mentioned earlier, the conclusion that the Federal Court of Appeal was wrong in interfering with the trial judge's finding of fact respecting apportionment disposes of the Minister's main argument. This is so because in order to find that some of the amount received by Mr. Schwartz was taxable under s. 3(a) as income from the employment contract, one must be able to identify what portion of the \$360,000 was paid to Mr. Schwartz in compensation for amounts that he would have been entitled to receive under the contract of employment. Since the Federal Court of Appeal erred in its decision relating to the trial judge's assessment of the evidence, the factual situation is that there is evidence that the amounts received by Mr. Schwartz were, in part, received to compensate for the loss of amounts to which he would have been entitled under the employment contract entered into with Dynacare and, in part, to compensate for embarrassment, anxiety and inconvenience suffered by the appellant, and that there is no evidence tending to establish what portion of the \$360,000 was allocated to which head. Thus,

La Cour d'appel fédérale a donc eu tort de déduire de ces lettres que les parties avaient convenu d'attribuer une partie de la somme de 400 000 \$, soit 342 000 \$, à la perte de revenu liée au salaire et aux options d'achat d'actions; en conséquence, elle a eu tort de conclure que le juge de première instance n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve contradictoires. Il convient également de signaler que les conclusions de la Cour d'appel fédérale concernant la crédibilité du témoignage de M. Schwartz — qui sont opposées à celles du juge Rip qui, faut-il le rappeler, a eu l'avantage de voir l'appellant témoigner — constituent, dans les circonstances, une intervention injustifiée et inappropriée d'une cour d'appel à l'égard d'une question qui est au cœur des fonctions d'un juge de première instance. Les lettres en question établissent tout au plus que les parties ont tenu compte de la perte du salaire et des options d'achat d'actions en fixant à 400 000 \$ le montant final du règlement. Je conclus donc que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en modifiant la conclusion tirée par le juge de première instance au sujet de la répartition.

Comme je l'ai mentionné, la conclusion que la Cour d'appel fédérale a eu tort de modifier la conclusion de fait du juge de première instance concernant la répartition règle le sort du principal argument du Ministre. Il en est ainsi parce que, pour conclure qu'une partie de la somme touchée par M. Schwartz était imposable en application de l'al. 3a), à titre de revenu tiré du contrat de travail, il faut pouvoir déterminer quelle partie des 360 000 \$ a été versée à M. Schwartz pour l'indemniser de la perte des sommes auxquelles il aurait eu droit en vertu du contrat de travail. Comme la Cour d'appel fédérale a commis une erreur dans sa décision relative à l'appréciation de la preuve par le juge de première instance, il existe en fait une preuve que les sommes versées à M. Schwartz visaient, en partie, à l'indemniser de la perte des sommes auxquelles il aurait eu droit en vertu du contrat de travail conclu avec Dynacare et, en partie, à l'indemniser du préjudice résultant de l'embarras, de l'anxiété et du désagrément qu'il avait subis, mais il n'y a aucune preuve tendant à établir quelle partie des 360 000 \$ a été attribuée à

absent a proper determination of that factual situation, the damages received by Mr. Schwartz cannot, in whole or in part, be found to be taxable under s. 3(a) of the Act as income from the employment contract.

As I mentioned at the beginning of my analysis, however, I propose to deal with the substance of the Minister's main contention since it raises important issues that merit attention and have been fully argued by the parties. I, therefore, turn to these submissions.

(b) *The Surrogatum Principle and Unenumerated Sources*

The Crown relies on the principle developed by Diplock L.J. in *London & Thames, supra*, and argues that the portion of damages received by Mr. Schwartz relating to lost salary and stock options constitutes income from a source. In *London & Thames*, Diplock L.J. had this to say, at p. 134:

Where, pursuant to a legal right, a trader receives from another person compensation for the trader's failure to receive a sum of money which, if it had been received, would have been credited to the amount of profits (if any) arising in any year from the trade carried on by him at the time when the compensation is so received, the compensation is to be treated for income tax purposes in the same way as that sum of money would have been treated if it had been received instead of the compensation.

The Minister, quite correctly, noted that this principle was adopted and applied by the Federal Court of Appeal in *Manley, supra*. There the Minister had assessed damages received by the taxpayer in compensation for a finder's fee he was entitled to pursuant to a commercial agreement as constituting profit from a business taxable under s. 9(1) of the Act. Mahoney J.A., for the court, after citing relevant excerpts from *London & Thames*, stated, at p. 219:

un poste en particulier. Ainsi, à défaut d'une décision appropriée sur cette situation de fait, les dommages-intérêts obtenus par M. Schwartz ne peuvent, en totalité ou en partie, être tenus pour imposables en application de l'al. 3a) de la Loi, à titre de revenu tiré du contrat de travail.

Toutefois, comme je l'ai mentionné au début de mon analyse, j'entends me pencher sur le fond de l'argument principal du Ministre étant donné qu'il soulève d'importantes questions qui méritent d'être examinées et qui ont fait l'objet d'un débat complet par les parties. J'examinerai donc maintenant ces prétentions.

b) *Le principe de la substitution et les sources non énumérées*

L'État s'appuie sur le principe établi par le lord juge Diplock dans l'arrêt *London & Thames*, précité, et fait valoir que la partie des dommages-intérêts reçus par M. Schwartz relativement à la perte du salaire et des options d'achat d'actions constitue un revenu tiré d'une source. Voici ce que dit le lord juge Diplock, à la p. 134:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un commerçant reçoit, en vertu d'un droit, de quelqu'un d'autre, une indemnité au lieu d'une somme d'argent qui aurait été comptabilisée dans les profits réalisés au cours d'une année, dans le commerce qu'il exploitait à l'époque où il a reçu l'indemnité, il y a lieu de traiter cette indemnité pour fin d'impôt de la même manière que la somme d'argent l'aurait été si l'indemnité ne l'avait pas remplacée.

Le Ministre a fait remarquer, à juste titre, que la Cour d'appel fédérale a adopté et appliqué ce principe dans l'arrêt *Manley*, précité. Dans cette affaire, le Ministre avait décidé que les dommages-intérêts versés au contribuable pour l'indemniser du défaut de toucher les honoraires de démarcheur auxquels il avait droit aux termes d'un accord commercial constituaient un bénéfice tiré d'une entreprise imposable en vertu du par. 9(1) de la Loi. Après avoir cité des extraits pertinents de l'arrêt *London & Thames*, le juge Mahoney affirme ceci, au nom de la cour, à la p. 219:

44

45

In the present case, the respondent was a trader; he had engaged in an adventure in the nature of trade. The damages for breach of warranty of authority, which he received from Benjamin Levy pursuant to a legal right, were compensation for his failure to receive the finder's fee from the Levy family shareholders. Had the respondent received the finder's fee it would have been profit from a business required by that *Income Tax Act*, to be included in his income in the year of its receipt. The damages for breach of warranty of authority are to be treated the same way for income tax purposes.

In the present case, the Federal Court of Appeal applied this principle and found that, since part of the damages received by the appellant replaced lost salary and stock options which, if they had been paid to Mr. Schwartz, would have constituted income from employment taxable under s. 5(1), such damages had to be treated in the same manner for tax purposes, i.e., as income from office or employment taxable under s. 5(1) of the Act.

⁴⁶ The solution arrived at by the Federal Court of Appeal is in contradiction with the findings in the *Atkins* case, *supra*, where the same court held that such damages could not be characterized as income from office or employment under s. 5(1). The correctness of the conclusion arrived at in *Atkins* was reaffirmed in 1984 by the Federal Court of Appeal in *Pollock*, *supra*, despite the doubts expressed in an *obiter dictum* by Pigeon J. in *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812, at pp. 815-16.

⁴⁷ However, the correctness of *Atkins* is not at issue before us since the Minister, as I have explained, is not arguing that the amounts are taxable as income from employment, but submits, rather, that they are income from an unenumerated source taxable under the general provision of s. 3(a) of the Act. Pigeon J., in *Jack Cewe*, had pointed out that the Federal Court of Appeal, in *Atkins*, had not considered whether such amounts

En l'espèce, l'intimé était un commerçant. Il a participé à une affaire de caractère commercial. Les dommages-intérêts pour assertion fautive de la qualité d'agent qu'il a reçus de Benjamin Levy en vertu d'un droit visaient à l'indemniser de n'avoir pas reçu des honoraires de démarcheur des actionnaires de la famille Levy. Si l'intimé avait reçu ces honoraires de démarcheur, ceux-ci auraient constitué un bénéfice tiré d'une entreprise et, aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ils auraient dû être inclus dans le revenu du contribuable dans l'année de leur réception. Les dommages-intérêts alloués pour assertion fautive de la qualité d'agent doivent être traités de la même façon pour les fins de l'impôt sur le revenu.

En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a appliqué ce principe et conclu que, puisqu'une partie des dommages-intérêts versés à l'appellant remplaçait le salaire et les options d'achat d'actions perdus qui, si M. Schwartz en avait bénéficié, auraient constitué un revenu d'emploi imposable aux termes du par. 5(1), ces dommages-intérêts devaient être considérés de la même manière aux fins de l'impôt, c.-à-d. comme un revenu tiré d'une charge ou d'un emploi imposable en vertu du par. 5(1) de la Loi.

La solution retenue par la Cour d'appel fédérale est incompatible avec les conclusions de l'arrêt *Atkins*, précité, où cette même cour a statué que de tels dommages-intérêts ne pouvaient être qualifiés de revenu tiré d'une charge ou d'un emploi au sens du par. 5(1). La justesse de la conclusion tirée dans l'affaire *Atkins* a été confirmée en 1984 par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Pollock*, précité, malgré les doutes que le juge Pigeon avait exprimés dans une opinion incidente, dans l'arrêt *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812, aux pp. 815 et 816.

Cependant, notre Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la justesse de l'arrêt *Atkins* puisque, comme je l'ai expliqué, le Ministre ne prétend pas que les sommes sont imposables à titre de revenu d'emploi, mais plutôt qu'il s'agit d'un revenu provenant d'une source non énumérée imposable en vertu de la disposition générale de l'al. 3a) de la Loi. Dans l'arrêt *Jack Cewe*, le juge Pigeon avait fait remarquer que, dans *Atkins*, la Cour d'appel

were alternatively taxable under the general provision of s. 3(a):

This Court might well disagree with the conclusion reached by the Federal Court of Appeal in *Atkins*. In this respect, I will note that in that case consideration appears to have been given only to the question whether the damages for wrongful dismissal were income “from an office or employment” within the meaning of ss. 5 and 25 of the *Income Tax Act* (R.S.C. 1952). No consideration appears to have been given to the broader question whether they might not be income from an unspecified source under the general provision of s. 3.

I pause here again to reaffirm what was implied by Pigeon J. in *Jack Cewe*, that s. 3(a) does contemplate the possibility that income arising from sources other than those enumerated in s. 3(a) and Subdivision d of Division B of Part I of the Act may nonetheless be taxable. Parliament has stated very clearly in that section that the five sources identified in s. 3(a) do not constitute an exhaustive enumeration. This is evident from the emphasized words in the paragraph, which I here reproduce:

3. . . .

(a) determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer’s income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, his income for the year from each office, employment, business and property; [Emphasis added.]

Mr. Schwartz argues that the sources of income other than those contemplated in s. 3(a) are the “other sources” referred to in Subdivision d of Division B of Part I of the Act and relies on this statement by E. C. Harris, *Canadian Income Taxation* (4th ed. 1986), at p. 99:

While the Act recognizes that there may be other sources of income than [those specifically provided for in s. 3(a)], the case law under the former Act suggests that the only other sources of income and loss that are

fédérale ne s’était pas demandée si, subsidiairement, les sommes en cause étaient imposables en vertu de la disposition générale de l’al. 3a):

Cette Cour pourrait bien être en désaccord avec la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Atkins*. À cet égard, je tiens à souligner que dans ce dernier arrêt seule semble avoir été étudiée la question de savoir si les dommages-intérêts accordés pour renvoi injustifié constituaient un revenu tiré «d’une charge ou d’un emploi» au sens des art. 5 et 25 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (S.R.C. 1952). La question plus large de savoir s’ils peuvent être considérés comme un revenu en provenance non spécifiée au sens de la disposition générale de l’art. 3 n’a pas été examinée. [Je souligne.]

Je me permets à nouveau d’ouvrir une parenthèse pour confirmer ce qui ressort implicitement des propos tenus par le juge Pigeon dans l’arrêt *Jack Cewe*, c’est-à-dire que l’al. 3a) prévoit effectivement la possibilité que les revenus tirés d’une autre source que celles énumérées à l’al. 3a) et à la sous-section d de la section B de la partie I de la Loi soient néanmoins imposables. Le législateur affirme très clairement, dans cette disposition, que les cinq sources énumérées à l’al. 3a) ne représentent pas une liste exhaustive. C’est ce qui ressort de la partie soulignée du texte de cette disposition, que je reproduis ici:

3. . . .

a) en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l’année (autre qu’un gain en capital imposable résultant de la disposition d’un bien), dont la source se situe à l’intérieur ou à l’extérieur du Canada, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien; [Je souligne.]

Monsieur Schwartz prétend que les sources de revenu autres que celles envisagées à l’al. 3a) correspondent aux «autres sources» mentionnées à la sous-section d de la section B de la partie I de la Loi, et il se fonde sur l’énoncé suivant d’E. C. Harris dans *Canadian Income Taxation* (4^e éd. 1986), à la p. 99:

[TRADUCTION] Même si la Loi reconnaît qu’il peut exister d’autres sources de revenu que [celles expressément prévues à l’al. 3a)], il ressort de la jurisprudence issue de l’application de l’ancienne loi que les seules autres

likely to be recognized are those that are specifically recognized in the Act.

However, this conclusion disregards the fact that Parliament, in the introductory part of s. 56(1) of the Act, made clear that the enumeration that followed was not to be interpreted as restricting the generality of s. 3:

56. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year. . . . [Emphasis added.]

49

Mr. Schwartz also submitted that, for policy reasons, an interpretation to the contrary would defeat the purpose and fundamental structure of the Act. However, as noted by Krishna, similarly valid policy concerns can be invoked to support an interpretation to the contrary. In his textbook *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, *supra*, at pp. 129-30, he writes:

The better view is that the named sources (office, employment, business, and property) are not exhaustive and income can arise from any other unnamed source. Hence, income from any source inside or outside Canada should be taxable under paragraph 3(a) of the Act. This is justifiable both on the basis of the language of the statute and on policy grounds. To the extent that the income tax is based on the ability to pay, all accretions to wealth of an income nature are a measure of that ability and should be taxable regardless of source. [Emphasis added.]

50

In any event, policy concerns such as those raised by the appellant should not and cannot be relied on in disregard of Parliament's clearly expressed intention. In s. 3(a), when Parliament used the words "without restricting the generality of the foregoing", great care was taken to emphasize that the first step in calculating a "taxpayer's income for the year" was to determine the total of all amounts constituting income inside or outside Canada and that the enumeration that followed merely identified examples of such sources. The phrasing adopted by Parliament, in s. 3(a) and in the introductory part of s. 56(1) is probably the strongest that could have been used to express the

sources de revenu et de perte qui sont susceptibles d'être reconnues sont celles que la Loi reconnaît expressément.

Cette conclusion ne tient toutefois pas compte du fait que le législateur, dans la partie introductive du par. 56(1) de la Loi, précise que l'énumération qui suit ne doit pas être interprétée comme restreignant la portée générale de l'art. 3:

56. (1) Sans restreindre la portée générale de l'article 3, sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition . . . [Je souligne.]

Monsieur Schwartz a également soutenu que, pour des raisons de principe, une interprétation contraire irait à l'encontre de l'objet et de l'économie fondamentale de la Loi. Toutefois, comme le souligne Krishna, des considérations de principe tout aussi valables peuvent être invoquées à l'appui d'une interprétation opposée. Dans son ouvrage intitulé *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, *op. cit.*, aux pp. 129 et 130, il écrit ceci:

[TRADUCTION] Il vaut mieux considérer que les sources énumérées (charge, emploi, entreprise et bien) ne sont pas exhaustives et que le revenu peut provenir d'une autre source non énumérée. Partant, le revenu tiré d'une autre source située à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada devrait être imposable en vertu de l'alinéa 3a) de la Loi. Cela peut se justifier tant par le libellé de la loi que par des motifs de politique générale. Dans la mesure où l'impôt sur le revenu est fondé sur la capacité de payer, tout accroissement de la richesse qui participe d'un revenu permet d'évaluer cette capacité et devrait être imposable quelle qu'en soit la source. [Je souligne.]

Quoi qu'il en soit, les considérations de politique générale, comme celles que soulève l'appellant, ne sauraient justifier que l'on fasse fi de l'intention clairement exprimée par le législateur. En employant les mots «sans restreindre la portée générale de ce qui précède» à l'al. 3a), le législateur a bien pris soin d'insister sur le fait que la première étape du calcul du «revenu du contribuable pour l'année» consistait à calculer le total des sommes qui constituent un revenu dont la source se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada et que l'énumération qui suivait donnait tout simplement des exemples de telles sources. Les termes choisis par le législateur à l'al. 3a) et dans la partie

idea that income from all sources, enumerated or not, expressly provided for in Subdivision d or not, was taxable under the Act.

This interpretation is also consistent with the approach adopted by this Court in the few other cases where this question was at issue. In *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 850, the taxpayer had received a \$250,000 payment by a third party in return for which he was to resign from his employment and start working for another company. The payment did not constitute income from employment, since it had not been paid by the taxpayer's employer, but was assessed as constituting "income from a source" under the general provision of s. 3 of the Act. This assessment was upheld by the Exchequer Court of Canada (57 D.T.C. 1270). The relevant provisions found in s. 3 of the Act were, at that time, similar to those found in s. 3(a) in today's version of the Act:

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is his income for the year from all sources . . . and without restricting the generality of the foregoing, includes income for the year from all

- (a) businesses
- (b) property, and
- (c) offices and employments.

Dumoulin J., after concluding that the impugned payment was in the nature of income, held that it was taxable. He stated, at p. 1277:

For reasons somewhat differing from those propounded by respondent, I agree that the sum of \$250,000 constitutes income.

Audette J. in *re Morrison v. Minister of National Revenue*, (1917-27) C.T.C. 343 at p. 350 (1 DTC 113 at p. 116), spoke thus:

Now the controlling and paramount enactment of sec. 3 defining the income is "the annual net profit or gain or gratuity." Having said so much the statute proceeding by way of illustration, but not by way of limiting the foregoing words, mentions seven different classes of subjects which cannot be taken as

introductive du par. 56(1) sont probablement les plus explicites qui pouvaient être utilisés pour traduire l'idée que le revenu provenant de toute source, énumérée ou non, expressément visée ou non à la sous-section d, était imposable en vertu de la Loi.

Cette interprétation est également compatible avec le point de vue adopté par notre Cour dans les quelques autres affaires qui portent sur la question. Dans *Curran c. Minister of National Revenue*, [1959] R.C.S. 850, le contribuable avait reçu d'un tiers la somme de 250 000 \$, en échange de quoi il devait quitter son emploi et commencer à travailler pour une autre entreprise. Cette somme ne constituait pas un revenu d'emploi étant donné qu'elle n'avait pas été versée par l'employeur du contribuable, mais elle a été considérée comme un «revenu tiré d'une source» au sens de la disposition générale de l'art. 3 de la Loi. La cotisation a été confirmée par la Cour de l'Échiquier du Canada (57 D.T.C. 1270). Les dispositions pertinentes de l'art. 3 de la Loi étaient alors semblables à celles que l'on trouve actuellement à l'al. 3a):

3. Le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l'année de toutes provenances [. . .] et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, comprend le revenu pour l'année provenant

- a) d'entreprises,
- b) de biens, et
- c) de charges et d'emplois.

Après avoir conclu que la somme en cause participait d'un revenu, le juge Dumoulin a statué qu'elle était imposable. Voici ce qu'il dit, à la p. 1277:

[TRADUCTION] Pour des raisons quelque peu différentes de celles exposées par l'intimé, je conviens que la somme de 250 000 \$ constitue un revenu.

Dans la décision *Morrison c. Minister of National Revenue*, (1917-27) C.T.C. 343, à la p. 350 (1 DTC 113, à la p. 116), le juge Audette s'exprime comme suit:

Désormais, l'élément déterminant et prépondérant de l'art. 3, qui définit le revenu, est «la gratification ou le profit ou gain annuel net». La Loi, qui, on l'a dit tant de fois, procède par voie d'exemple, et non en restreignant la portée des mots qui précèdent, mentionne sept catégories différentes de sujets qui ne peu-

exhaustive since it provides, by what has been called the omnibus clause, a very material addition reading “and also the annual profit or gain from any other sources.” The words “and also” and “other sources” make the above illustration absolutely refractory to any possibility of applying the doctrine of *ejusdem generis* set up at the hearing. The balance of the paragraph is added only *ex majori cautela* . . . The net is thrown with all conceivable wideness to include all *bona fide* profits or gain made by the subject.

Despite a lapse of years, this interpretation of section 3 is still true of the amended text as it read in 1951.

In very wide terms, section 3 renders taxable “income for the year from *all sources* and without restricting the generality of the foregoing . . .”

Therefore, this controversial payment meets, I believe, the statutory meaning of income for the year from a source other than those particularized by subsections (a), (b) and (c) and was properly assessed as such. [Emphasis in original.]

This decision was later confirmed by this Court. More recently, in *Canada v. Fries*, [1989] 3 F.C. 362, the Federal Court of Appeal expressly recognized that income from unenumerated sources was taxable under the general provision of s. 3(a) of the Act. In that case, the taxpayer was contesting the Minister’s assessment, including in his yearly income strike pay he had received from his union. The court dismissed the taxpayer’s claim and found that the amounts were taxable as constituting income from a source within the purview of s. 3(a) of the Act. Our Court, however, while implicitly holding that income from unenumerated sources was in fact taxable under the general provision of s. 3(a) of the Act, reversed this decision on the basis that the payments were not in the nature of “income . . . from a source” within the meaning of s. 3(a); see *Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322.

In the case at bar, I do not think the Minister’s argument should be accepted. In order to deter-

vent être considérées comme exhaustives, étant donné qu’elle prévoit, au moyen de ce qu’on appelle une clause omnibus, un ajout très important, soit «et aussi les profits ou gains annuels dérivés de toute autre source». Les termes «et aussi» et «autre source» font en sorte que l’exemple qui précède rend absolument impossible l’application de la règle *ejusdem generis* avancée à l’audience. Le reste du paragraphe n’est ajouté que pour plus de précautions (. . .) Le filet est tendu le plus largement possible afin d’englober tous les profits ou gains véritables réalisés par la personne en cause.

Malgré l’écoulement du temps, cette interprétation de l’article 3 demeure valable à l’égard du texte modifié de 1951.

De manière très générale, l’article 3 a pour effet d’assujettir à l’impôt le «revenu pour l’année de *toutes provenances* et, sans restreindre la généralité de ce qui précède . . .»

En conséquence, ce paiement controversé constitue, selon moi, un revenu pour l’année provenant d’une autre source que celles prévues aux alinéas a), b) et c) de la définition et il a fait l’objet d’une cotisation appropriée à ce titre. [En italique dans l’original.]

Notre Cour a par la suite confirmé cette décision. Plus récemment, dans *Canada c. Fries*, [1989] 3 C.F. 362, la Cour d’appel fédérale a expressément reconnu que le revenu provenant de sources non énumérées était imposable en vertu de la disposition générale de l’al. 3a) de la Loi. Dans cette affaire, le contribuable s’opposait à la cotisation établie par le Ministre, qui avait pour effet d’inclure dans son revenu annuel l’indemnité de grève qui lui avait été versée par son syndicat. La cour a débouté le contribuable et conclu que les sommes étaient imposables à titre de revenu tiré d’une source au sens de l’al. 3a) de la Loi. Cependant, même si elle a conclu implicitement que le revenu provenant d’une source non énumérée était effectivement imposable en vertu de la disposition générale de l’al. 3a) de la Loi, notre Cour a infirmé cette décision pour le motif que les paiements en cause ne constituaient pas un «revenu [tiré d’une] source» au sens de l’al. 3a); voir *Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322.

Je ne crois pas que l’on devrait faire droit à l’argument du Ministre en l’espèce. Pour déterminer

mine if a specific amount is taxable under the general provision of s. 3(a) of the Act, various considerations should be taken into account. Without providing a list of such considerations or attempting to suggest an approach to taxation under the general provision of s. 3(a) in an exhaustive way, I note that one must obviously go back to the concept of income and consider the whole scheme of the Act in order to properly analyze the issue in a given case. In the present case, accepting the argument made by the Crown would amount to giving precedence to a general provision over the detailed provisions enacted by Parliament to deal with payments such as that received by Mr. Schwartz pursuant to the settlement.

As indicated earlier, Parliament adopted a specific solution to a specific problem that resulted from a number of rulings by the courts respecting the taxability of payments similar to the one received by the appellant. Under these rulings, damages paid with respect to wrongful dismissal were not taxable as income from office or employment under s. 5(1); nor were they taxable as constituting retiring allowances. The Crown had at that point many options. The Minister could have argued that such damages were taxable as income from a source under the general provision in s. 3(a) of the Act. It could also have sought an amendment to the Act making such payments expressly taxable as income from office or employment. But neither of these courses was taken. Instead, the Act was amended twice so that such amounts could be taxable under s. 56 as income from "another" source. First, it was provided that termination payments were taxable. Then, the Act was amended to make such a payment taxable as constituting a retiring allowance. It is thus pursuant to these provisions that taxability should be assessed. To do otherwise would defeat Parliament's intention by

si une somme particulière est imposable en vertu de la disposition générale de l'al. 3a) de la Loi, il y a lieu de tenir compte de divers facteurs. Sans dresser une liste exhaustive de ces facteurs ni proposer une façon globale d'aborder l'imposition en vertu de la disposition générale de l'al. 3a), je signale qu'il faut évidemment revenir à la notion de revenu et prendre en considération l'économie générale de la Loi pour bien analyser la question en litige dans une affaire donnée. En l'espèce, faire droit à l'argument de l'État reviendrait à accorder la préséance à une disposition générale par rapport aux dispositions détaillées adoptées par le législateur pour régir les paiements semblables à celui touché par M. Schwartz dans le cadre du règlement.

Comme je l'ai mentionné précédemment, le législateur a apporté une solution particulière à un problème particulier qui découlait d'un certain nombre de décisions judiciaires concernant l'assujettissement à l'impôt de versements semblables à celui touché par l'appelant. Selon ces décisions, les dommages-intérêts versés par suite d'un congédiement injustifié n'étaient imposables ni à titre de revenu tiré d'une charge ou d'un emploi au sens du par. 5(1), ni à titre d'allocation de retraite. Plusieurs choix s'offraient alors à l'État. Le Ministre aurait pu faire valoir que ces dommages-intérêts étaient imposables à titre de revenu tiré d'une source en application de la disposition générale de l'al. 3a) de la Loi. Il aurait pu également demander que la Loi soit modifiée de façon à rendre ces sommes expressément imposables à titre de revenu tiré d'une charge ou d'un emploi. Cependant, aucune de ces solutions n'a été retenue. La Loi a plutôt été modifiée à deux reprises de sorte que de tels versements devenaient imposables en application de l'art. 56 à titre de revenu tiré d'une «autre» source. Il a tout d'abord été prévu que les paiements de cessation d'une charge ou d'un emploi étaient imposables. La Loi a ensuite été modifiée de manière à rendre ces versements imposables à titre d'allocation de retraite. C'est donc en fonction de ces dispositions qu'il convient de déterminer s'il y a assujettissement à l'impôt. Procéder autrement irait à l'encontre de l'intention du législateur du fait que l'on entérinerait une méthode d'analyse

approving an analytical approach inconsistent with basic principles of interpretation.

incompatible avec des principes d'interprétation fondamentaux.

54

This Court has always refused to interpret the Act in such a manner. For example, in *The Queen v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428, the taxpayer received \$300 from her employer as a prize for achievement. Section 56(1)(n) of the Act provided that such gifts, when worth over \$500, constituted taxable income. The prize was not, therefore, caught by this provision. The Minister, however, argued that the amount also fell within the purview of s. 6(1)(a) of the Act as a general benefit, and as such was taxable as income from an office or employment. Dickson J., as he then was, rejected this argument. At page 446, he stated:

Notre Cour a toujours refusé d'interpréter la Loi de cette manière. Par exemple, dans *La Reine c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428, la contribuable avait reçu de son employeur la somme de 300 \$ à titre de récompense couronnant une œuvre remarquable. L'alinéa 56(1)n) de la Loi prévoyait qu'une telle récompense constituait un revenu imposable si son montant excédait 500 \$. La somme versée n'était donc pas visée par cette disposition. Le Ministre a toutefois prétendu que la somme constituait également un avantage général relevant de l'al. 6(1)a) de la Loi et était donc imposable à titre de revenu tiré d'une charge ou d'un emploi. Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a rejeté cet argument. Il dit ceci, à la p. 446:

If a prize under \$500 would still be taxable under ss. 5 and 6, it would have to follow on the Crown's argument that a prize under \$500 would equally be taxable under s. 3. That cannot be right. That would mean that a prize over \$500 would be taxable under s. 56(1)(n) and a prize up to \$500 would be taxable under s. 3. The \$500 exclusion in s. 56(1)(n) would never have any effect. It seems clear that the first \$500 of income received during the year falling within the terms of s. 56(1)(n) is exempt from tax. Any amount in excess of \$500 falls under s. 56(1)(n) and is taxable accordingly. If that is not the effect, what purpose is served by the subsection?

Si une récompense inférieure à 500 \$ était malgré tout imposable en vertu des art. 5 et 6, il s'ensuivrait nécessairement, selon l'argument du substitut du procureur général, qu'elle serait également imposable en vertu de l'art. 3. Cela ne peut être exact. Si c'était le cas, une récompense supérieure à 500 \$ serait imposable en vertu de l'al. 56(1)n) tandis qu'une récompense de 500 \$ ou moins le serait en vertu de l'art. 3. L'exclusion de 500 \$ prévue à l'al. 56(1)n) ne s'appliquerait alors jamais. Il semble évident que les premiers 500 \$ de revenu touchés pendant l'année visée par l'al. 56(1)n) ne sont pas imposables. Tout montant en sus de 500 \$ relève de l'al. 56(1)n) et est donc imposable. Si ce n'est pas là l'effet de cette disposition, alors à quoi sert-elle?

The situation here is analogous. To find that the damages received by Mr. Schwartz are taxable under the general provision of s. 3(a) of the Act would disregard the fact that Parliament has chosen to deal with the taxability of such payments in the provisions of the Act relating to retiring allowances. It is thus to those provisions that I will turn in assessing taxability.

La situation en l'espèce est analogue. Conclure que les dommages-intérêts versés à M. Schwartz sont imposables en vertu de la disposition générale de l'al. 3a) de la Loi ne tiendrait pas compte du fait que le législateur a choisi de traiter de l'assujettissement de tels versements à l'impôt dans les dispositions de la Loi relatives aux allocations de retraite. C'est donc à ces dispositions que je vais faire appel pour me prononcer sur l'assujettissement à l'impôt.

(2) Retiring Allowance: Taxability under Section 56(1)(a)(ii)

(2) Allocation de retraite: assujettissement à l'impôt en vertu du sous-al. 56(1)a)(ii)

55

Before this Court, the Crown argued, alternatively, that the damages received by Mr. Schwartz were taxable under s. 56(1)(a)(ii) of the Act as

Devant notre Cour, l'État a prétendu subsidiairement que les dommages-intérêts touchés par M. Schwartz étaient imposables en vertu du sous-al.

constituting a retiring allowance. Both courts below refused to find these amounts could be so characterized, although the Crown abandoned this argument before the Federal Court of Appeal. At issue is whether the damages agreed to were received by Mr. Schwartz "in respect of a loss of an office or employment" within the meaning of para. (b) of the definition of "retiring allowance" found in s. 248(1) of the Act. Section 248(1) also defines the words "employment" and "employee".

In the recent case of *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, my colleague Gonthier J. clarified the proper rules governing the interpretation of tax legislation. After explaining the underlying principles of the traditional rule providing for a strict construction of fiscal statutes, he analyzed the evolution that had occurred on the issue during the past decade. As he explained, at pp. 15-16, this evolution was the logical consequence of the recognition of the social and economic purposes of such legislation. In light of this Court's decisions in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209, *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, *The Queen v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288, and *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, Gonthier J. held, at p. 17:

[T]here is no longer any doubt that the interpretation of tax legislation should be subject to the ordinary rules of construction. At page 87 of his text *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), Driedger fittingly summarizes the basic principles: "... the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". [Emphasis added.]

(See also *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 744-51; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at p. 326.)

56(1)a)(ii) de la Loi, à titre d'allocation de retraite. Les deux tribunaux d'instance inférieure ont refusé de conclure à la possibilité de qualifier ainsi ces sommes, bien que l'État ait abandonné cet argument devant la Cour d'appel fédérale. Il s'agit donc de déterminer si les dommages-intérêts convenus ont été versés à M. Schwartz «à l'égard de la perte [. . .] d'une charge ou d'un emploi» au sens de l'al. b) de la définition d'«allocation de retraite» qui figure au par. 248(1) de la Loi, lequel paragraphe définit également les termes «emploi» et «employé».

Dans l'arrêt récent *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, mon collègue le juge Gonthier apporte des éclaircissements quant aux règles qui doivent régir l'interprétation des lois fiscales. Après avoir expliqué les principes qui sous-tendent la règle traditionnelle voulant que les lois fiscales soient interprétées strictement, il a analysé l'évolution qui avait eu lieu à cet égard au cours de la dernière décennie. Comme il l'a indiqué aux pp. 15 et 16, cette évolution était la conséquence logique de la reconnaissance des objectifs sociaux et économiques de ces lois. À la lumière des arrêts de notre Cour *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, *La Reine c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288, et *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, le juge Gonthier conclut, à la p. 17:

Il ne fait plus de doute [. . .] que l'interprétation des lois fiscales devrait être soumise aux règles ordinaires d'interprétation. Driedger, à la p. 87 de son volume *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), en résume adéquatement les principes fondamentaux: [TRADUCTION] «. . . il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur». [Je souligne.]

(Voir également *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pp. 744 à 751; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, à la p. 326.)

57

The essence of the Minister's argument is that "employment" as understood in s. 248(1) of the Act commences the moment the contract of employment is entered into by the parties, regardless of whether or not the employee has the obligation to provide services from that point. Therefore Mr. Schwartz, by losing the benefit of the contract of employment entered into with Dynacare, lost "employment", and the damages received fall within the purview of s. 56(1)(a)(ii) of the Act. I do not think the Minister's position is correct in law, in light of the definitions given by Parliament to the word "employment" and of the ordinary meaning of the words chosen by Parliament to define this term. The Minister's position is also inconsistent with the way Parliament has used the term "employment" in at least one other provision of the Act, while also being untenable when one considers the context in which the 1983 amendment was made.

58

The key element in the words chosen by Parliament to deal with this situation is the definition of "employment" which is the "position of an individual in the service of some other person" (emphasis added). The statutory requirement that one must be "in the service" of another person to be characterized as an "employee" excludes, in my opinion, any notion of prospective employment when the phrase is given its ordinary meaning. An employee is "in the service" of his or her employer from the moment he or she becomes under obligation to provide services under the terms of the contract. At the basis of every situation of employment is a contract of employment; however, employment does not necessarily begin from the moment the contract is entered into. Before having any obligation to provide services, one cannot be considered to be "in the service" of his or her employer or, more accurately, his or her future employer. Consequently, there cannot be any loss of a position that has yet to be held, under the definition of "retiring allowance" found in s. 248(1). I cannot see how, in the present case, Mr. Schwartz could be "in the service" of Dynacare from the moment the contract of employment was entered into in the spring of 1988 and how he could have "lost" employment when the contract was unilaterally

L'argument du Ministre veut essentiellement que l'«emploi», au sens du par. 248(1) de la Loi, commence au moment où le contrat de travail est conclu par les parties, indépendamment de la question de savoir si l'employé a dès lors l'obligation de fournir des services. Par conséquent, en perdant l'avantage du contrat de travail conclu avec Dynacare, M. Schwartz a perdu un «emploi», et les dommages-intérêts touchés sont visés par le sous-al. 56(1)a)(ii) de la Loi. Je ne crois pas que le point de vue du Ministre soit juste sur le plan du droit, compte tenu de la façon dont le législateur a défini le terme «emploi» et du sens ordinaire des mots qu'il a choisis pour le définir. Le point de vue du Ministre est également incompatible avec l'utilisation que le législateur a faite du mot «emploi» dans au moins une autre disposition de la Loi, tout en étant aussi insoutenable lorsque l'on tient compte du contexte dans lequel la modification de 1983 a été apportée.

L'élément clé des termes choisis par le législateur pour régler cette situation est la définition d'«emploi», selon laquelle ce terme désigne le «poste qu'occupe un particulier, au service d'une autre personne» (je souligne). Le fait que, pour qu'une personne soit considérée comme un «employé», la Loi exige qu'elle soit «au service» d'une autre personne exclut à mon avis toute notion d'emploi éventuel lorsqu'on donne à l'expression son sens ordinaire. Un employé est «au service» de son employeur à partir du moment où il est tenu de fournir des services aux termes du contrat. Tout emploi est issu d'un contrat de travail, mais ne débute pas nécessairement au moment de la conclusion de celui-ci. Nul ne peut, avant d'avoir l'obligation de fournir des services, être considéré comme étant «au service» de son employeur ou, plus exactement, de son futur employeur. Par conséquent, il ne saurait y avoir de perte d'un poste qui n'est pas encore occupé, au sens de la définition d'«allocation de retraite» qui figure au par. 248(1). Je ne puis voir comment, en l'occurrence, M. Schwartz pouvait être «au service» de Dynacare dès la conclusion du contrat de travail au printemps de 1988, ni comment il aurait pu «perdre» son emploi lorsque ce contrat a été unilatéralement annulé par Dynacare. Les deux

ally cancelled by Dynacare. Both parties had agreed that Mr. Schwartz would start working upon completion of his assignment with the Government of Ontario. They both had agreed that the contract that had been entered into was a contract for future employment. Mr. Schwartz was not in any way — and had never been — obliged to provide any services to Dynacare at that moment; he was not “in the service” of Dynacare.

Therefore, when one considers the ordinary meaning to be given to the definition of “employment” in the Act, a distinction must be made between the start of the contractual relationship agreed upon by the employer and the employee and the moment, according to the terms of the contract, at which the employee is bound to start providing services to the employer. It is noteworthy that the Crown does not seriously contest the interpretation to be given under the ordinary meaning of the words Parliament chose to use. During oral argument, counsel admitted that an ordinary person would find that Mr. Schwartz was not an employee of Dynacare when the contract was cancelled.

The Minister’s position is also inconsistent with Parliament’s use of the word “employment” in s. 80.4(1) of the Act. Section 80.4 is included in Subdivision f of Division B of Part I of the Act, “Rules Relating to Computation of Income”. It provides the method for determining how an amount in respect of interest-free or low-bearing-interest loans will be characterized as a benefit taxable as income from office or employment under s. 6(9) of the Act, or again, in the case of corporations, as income from a business or property under s. 12(1)(w) of the Act. For the sake of convenience, I repeat the relevant provision, while underlining the crucial passages:

80.4 (1) Where a person or partnership received a loan or otherwise incurred a debt by virtue of the office or employment or intended office or employment of an individual, or by virtue of the services performed or to be performed by a corporation carrying on a personal services business (within the meaning assigned by paragraph 125(7)(d)), the individual or corporation, as the

parties avaient convenu que M. Schwartz entrerait en fonction à la fin de son affectation auprès du gouvernement de l’Ontario. Elles avaient également convenu que le contrat conclu portait sur un emploi futur. Monsieur Schwartz n’était aucunement — et n’avait jamais été — tenu de fournir des services à Dynacare à ce moment; il n’était pas «au service» de Dynacare.

Par conséquent, si l’on tient compte du sens ordinaire qu’il faut donner à la définition d’«emploi» dans la Loi, une distinction doit être établie entre le début du lien contractuel dont conviennent l’employeur et l’employé et le moment où, selon les dispositions du contrat, l’employé est tenu de commencer à fournir des services à l’employeur. Il vaut la peine de souligner que l’État ne conteste pas véritablement l’interprétation qu’il faut donner en vertu du sens ordinaire des mots que le législateur a choisi d’utiliser. Pendant sa plaidoirie, son avocat a reconnu qu’une personne ordinaire conclurait que M. Schwartz n’était pas un employé de Dynacare au moment de l’annulation du contrat.

Le point de vue du Ministre est également incompatible avec l’utilisation que le législateur a faite du mot «emploi» au par. 80.4(1) de la Loi. L’article 80.4 fait partie de la sous-section f de la section B de la partie I de la Loi intitulée «Règles relatives au calcul du revenu». Il prévoit la façon dont un montant relatif à un prêt sans intérêt ou à faible taux d’intérêt pourra être qualifié d’avantage imposable à titre de revenu tiré d’une charge ou d’un emploi au sens du par. 6(9) de la Loi ou, dans le cas d’une corporation, à titre de revenu tiré d’une entreprise ou d’un bien au sens de l’al. 12(1)(w) de la Loi. Voici d’ailleurs le libellé de la disposition pertinente, les passages déterminants étant soulignés:

80.4 (1) Lorsqu’une personne ou une société reçoit un prêt ou contracte par ailleurs une dette en raison de la charge ou de l’emploi, actuel ou projeté, d’un particulier ou en raison des services fournis ou à fournir par une corporation qui exploite une entreprise de prestation de services personnels (au sens de l’alinéa 125(7)d)), le particulier ou la corporation, selon le cas, est réputé

case may be, shall be deemed to have received a benefit in a taxation year equal to that amount, if any, by which the aggregate of

A parallel can be drawn between the concept of “intended employment” of an individual and services “to be performed” by a corporation carrying on a personal services business, in light of the fact that “employment” refers to the situation of an individual being “in the service” of a person. Clearly, in both cases, the intention of Parliament was to include within the scope of s. 80.4(1) such loans made by virtue of a legal relationship involving the provision of services, by an individual or by a corporation, regardless of whether or not the loans were made before the borrower became under obligation to provide any services. The distinction made by Parliament is an implicit recognition that the term “employment” does not, in itself, have such a broad meaning.

avoir reçu, dans une année d'imposition, un avantage égal à l'excédent, si excédent il y a, du total: . . .

Un parallèle peut être établi entre la notion d'«emploi projeté» d'un particulier et les services «à fournir» par une corporation qui exploite une entreprise de prestation de services personnels, compte tenu du fait que le terme «emploi» désigne la situation d'un particulier qui est «au service» d'une autre personne. De toute évidence, dans les deux cas, le législateur a voulu que le par. 80.4(1) vise le prêt contracté dans le cadre d'un rapport juridique comportant la prestation de services, par un particulier ou une corporation, indépendamment de la question de savoir si les prêts ont été contractés ou non avant que l'emprunteur ne soit tenu de fournir quelque service que ce soit. En établissant cette distinction, le législateur reconnaît implicitement que le terme «emploi» n'a pas en soi un sens aussi large.

61 It is a well-established principle of interpretation that words used by Parliament are deemed to have the same meaning throughout the same statute; see, for recent applications of the principle by this Court, *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, and *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385. This, as all principles of interpretation, is not a rule, but a presumption that must give way when circumstances demonstrate that such was not the intention pursued by Parliament. However, in the present circumstances, I see no reason to depart from that principle since, to the contrary, it confirms and is consistent with the ordinary meaning of the words “employment” and “retiring allowance” chosen by Parliament.

Selon un principe d'interprétation bien établi, les termes employés par le législateur sont réputés avoir le même sens dans chacune des dispositions d'une même loi; pour des applications récentes de ce principe par notre Cour, voir *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, et *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385. Comme pour tout principe d'interprétation, il ne s'agit pas d'une règle, mais d'une présomption qui doit céder le pas lorsqu'il ressort des circonstances que telle n'était pas l'intention du législateur. Or, en l'espèce, je ne vois aucune raison de m'écarter de ce principe, étant donné que, tout au contraire, il confirme le sens ordinaire des mots «emploi» et «allocation de retraite» choisis par le législateur et est compatible avec lui.

62 The Minister's position is also untenable when one considers the context in which the 1983 amendment was made. The amendment made by Parliament to s. 80.4(1) of the Act was made through *An Act to amend the statute law relating to income tax (No. 2)*, S.C. 1980-81-82-83, c. 140, the same legislation by which the definition of “retiring allowance” was amended in 1983. If Parliament had wanted to include as retiring allowances payments made in respect of the can-

Le point de vue du Ministre est également insoutenable lorsque l'on tient compte du contexte dans lequel la modification de 1983 a été apportée. Le législateur a modifié le par. 80.4(1) de la Loi au moyen de la *Loi n° 2 modifiant la législation relative à l'impôt sur le revenu*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, soit le même texte législatif au moyen duquel la définition d'«allocation de retraite» a été modifiée en 1983. Si le législateur avait voulu que l'allocation de retraite englobe le versement effec-

cellation of an employment contract occurring before the employee had become under obligation to provide services to the employer, it would, as counsel for the appellant argued, have specifically referred to the notion of prospective or intended employment as it did in s. 80.4(1). This argument seems to me to be compelling and clearly establishes that the objective Parliament sought by amending the definition of "retiring allowance" was limited to termination of the employment relationship once the employee had come under the obligation to provide services to the employer.

The \$360,000 received by Mr. Schwartz cannot, therefore, be considered a retiring allowance. As I have explained, "loss of employment" cannot occur before Mr. Schwartz became under obligation to provide services to Dynacare because he could not, before that moment, have been "in the service" of his future employer.

V. Disposition

For all these reasons, I would allow the appeal and restore the decision of the Tax Court of Canada with costs throughout.

The reasons of Sopinka, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. — I agree with the conclusion reached by La Forest J. but, with respect, think his reasons go beyond those necessary to decide this appeal. I agree that on a plain meaning, s. 56(1)(a)(ii) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)), does not provide for the taxation of settlements for loss of intended employment. I agree as well that there was no factual foundation on which to argue that the settlement could be taxed under s. 3(a) of the *Income Tax Act* as income from the employment contract.

I do not agree with his conclusion on the taxation of income from unenumerated sources. Since

tué relativement à l'annulation d'un contrat de travail survenue avant que l'employé n'ait été tenu de fournir des services à l'employeur, il aurait expressément fait appel, comme l'avocat de l'appelant l'a soutenu, à la notion d'emploi éventuel ou projeté comme il l'a fait au par. 80.4(1). Cet argument me semble impérieux et établit clairement que la modification apportée par le législateur à la définition d'«allocation de retraite» ne visait que la rupture du lien d'emploi qui survient une fois que l'employé devient tenu de fournir des services à l'employeur.

En conséquence, la somme de 360 000 \$ touchée par M. Schwartz ne peut être considérée comme une allocation de retraite. Comme je l'ai déjà dit, la «perte d'emploi» ne saurait se produire avant que M. Schwartz n'ait été tenu de fournir des services à Dynacare, étant donné qu'il ne pouvait, avant ce moment, être «au service» de son futur employeur.

V. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la Cour canadienne de l'impôt, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MAJOR — Je suis d'accord avec la conclusion du juge La Forest, mais je crois, en toute déférence, que ses motifs vont au-delà de ce qui est nécessaire pour statuer sur le présent pourvoi. Je conviens que, suivant son sens ordinaire, le sous-al. 56(1)(a)(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)), ne prévoit pas l'imposition de l'indemnité touchée pour la perte d'un emploi projeté. Je conviens également qu'aucun fait ne permettait en l'espèce de soutenir que l'indemnité pouvait être assujettie à l'impôt en vertu de l'al. 3a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à titre de revenu tiré d'un contrat de travail.

Je ne suis pas d'accord avec sa conclusion relative à l'assujettissement à l'impôt du revenu prove-

63

64

65

66

the appeal was properly disposed of on other grounds, I do not think it was necessary to discuss this issue. Although La Forest J. concluded that the settlement in this case could not be taxed under s. 3(a), his *obiter dicta* indicate that unenumerated sources are as a general matter taxable under s. 3(a). With respect, I disagree with my colleague on this point because I do not believe it is either necessary or desirable to decide the question. Given the conclusion reached in this case, it would seem preferable to avoid deciding whether, in theory, the Minister can tax on sources not specifically identified in the Act. I say this because a number of arguments can be and have been advanced on why this is not necessarily the case. I will briefly discuss these.

nant d'une source non énumérée. Comme le pourvoi a été dûment tranché en fonction d'autres moyens, je ne juge pas nécessaire d'examiner cette question. Même si le juge La Forest a conclu que l'indemnité en cause ne pouvait être assujettie à l'impôt en vertu de l'al. 3a), il ressort de son opinion incidente que le revenu provenant d'une source non énumérée est généralement imposable en vertu de cette disposition. En toute déférence, je ne partage pas l'avis de mon collègue sur ce point, car je crois qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable de trancher la question. Vu la conclusion tirée en l'espèce, il semblerait préférable de ne pas trancher la question de savoir si, théoriquement, le Ministre peut assujettir à l'impôt le revenu provenant d'une source qui n'est pas mentionnée expressément dans la Loi. Je dis cela parce qu'un certain nombre d'arguments visant à expliquer pourquoi ce n'est pas nécessairement le cas peuvent être avancés, et l'ont été. J'analyserai brièvement ces arguments.

67 Section 3(a) ostensibly permits taxation of income from any source. The argument for the Minister, which is supported by the literal wording of the section, is that "office, employment, business and property" are only examples of sources which may be taxed. My colleague quotes with approval from *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4th ed. 1992), where Professor V. Krishna states that "all accretions to wealth of an income nature are a measure of [the] ability [to pay] and should be taxable regardless of source" (p. 130).

L'alinéa 3a) permet apparemment d'assujettir à l'impôt les revenus tirés de quelque source que ce soit. L'argument du Ministre, qui se fonde sur l'interprétation littérale de la disposition, veut que les termes «charge, emploi, entreprise et bien» ne soient que des exemples de sources pouvant donner lieu à l'assujettissement à l'impôt. Mon collègue cite en l'approuvant un extrait de l'ouvrage intitulé *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4^e éd. 1992), où le professeur V. Krishna dit que [TRADUCTION] «tout accroissement de la richesse qui participe d'un revenu permet d'évaluer [la] capacité [de payer] et devrait être imposable quelle qu'en soit la source» (p. 130).

68 However, a literal adoption of this position would arguably constitute a dramatic departure from established tax jurisprudence. It has long been recognized that not all "accretions to wealth" are included as income. Inheritances and gifts are "accretions to wealth" but are nevertheless not taxed because they are not income from employment, property, or business. Profits from hobbies

Toutefois, on pourrait soutenir qu'adopter à la lettre ce point de vue constituerait une dérogation marquée à la jurisprudence fiscale. Il est depuis longtemps reconnu que ce ne sont pas tous les «accroissements de la richesse» qui entrent dans le calcul du revenu. Même si les héritages et les dons entraînent un «accroissement de la richesse», ils ne sont toutefois pas assujettis à l'impôt parce qu'ils ne constituent pas un revenu tiré d'un emploi, d'un bien ou d'une entreprise. Les bénéfices provenant d'un passe-temps ont pour effet d'accroître la

are accretions to wealth, but they, too, are not taxed for the same reason.

If s. 3(a) were applied literally to provide for taxation of income from any source, then again it is arguable the existing jurisprudence would be placed in jeopardy. Despite the inclusive language of ss. 3(a) and 56, many observers have pointed out that Canadian courts have always recognized that monies which do not fall within the specifically enumerated sources are not subject to tax. For example, E. C. Harris states in *Canadian Income Taxation* (4th ed. 1986), at p. 99:

While the Act recognizes that there may be other sources of income than [those specifically listed in s. 3(a)], the case law under the former Act suggests that the only other sources of income and loss that are likely to be recognized are those that are specifically recognized in the Act.

This view is reiterated in B. J. Arnold, T. Edgar and J. Li, eds., *Materials on Canadian Income Tax* (10th ed. 1993), at p. 51. After noting that the literal wording of the statute does not require that income be from an enumerated source, the authors state:

Nevertheless, Canadian courts have tended to adopt the approach of the English courts to the definition of income by restricting the scope of "source" to the traditional sources of income — employment, business, and property — rather than attempting innovatively to discover new sources of income.

To the same effect see J. A. Rendall, "Defining the Tax Base", in B. G. Hansen, V. Krishna and J. A. Rendall, eds., *Canadian Taxation* (1981), 59.

Contrary to the view of my colleague, accepting that unenumerated sources of income are taxable would seriously question a number of cases. For example, in the long line of decisions that distinguish a "business" from a "hobby", it has been consistently held that where the activity in question falls outside of the definition of "business", any profits recognized are not subject to tax under

richesse, mais eux non plus ne sont pas assujettis à l'impôt pour la même raison.

Si l'alinéa 3a) était appliqué à la lettre de manière à assujettir à l'impôt le revenu provenant de quelque source que ce soit, on pourrait alors également soutenir que la jurisprudence existante serait compromise. Malgré la formulation non limitative de l'al. 3a) et de l'art. 56, bien des observateurs ont fait remarquer que les tribunaux canadiens ont toujours reconnu que les sommes qui ne proviennent pas d'une source expressément énumérée ne sont pas assujetties à l'impôt. Par exemple, E. C. Harris dit ce qui suit dans *Canadian Income Taxation* (4^e éd. 1986), à la p. 99:

[TRADUCTION] Même si la Loi reconnaît qu'il peut exister d'autres sources de revenu que [celles expressément prévues à l'al. 3a)], il ressort de la jurisprudence issue de l'application de l'ancienne loi que les seules autres sources de revenu et de perte qui sont susceptibles d'être reconnues sont celles que la Loi reconnaît expressément.

Ce point de vue est réitéré par B. J. Arnold, T. Edgar et J. Li, dir., dans *Materials on Canadian Income Tax* (10^e éd. 1993), à la p. 51. Après avoir fait remarquer que, littéralement, la Loi n'exige pas que le revenu provienne d'une source énumérée, les auteurs affirment:

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens ont néanmoins eu tendance à adopter la façon dont les tribunaux anglais abordent la définition du revenu, en considérant que le mot «source» ne désigne que les sources traditionnelles de revenu — emploi, entreprise et bien —, plutôt que d'innover en tentant de découvrir de nouvelles sources de revenu.

Voir, dans le même sens, J. A. Rendall, «Defining the Tax Base», dans B. G. Hansen, V. Krishna et J. A. Rendall, dir., *Canadian Taxation* (1981), 59.

Contrairement à l'avis exprimé par mon collègue, accepter qu'une source non énumérée de revenu peut donner lieu à l'assujettissement à l'impôt remettrait sérieusement en question un certain nombre de jugements. Par exemple, dans les nombreuses décisions qui établissent une distinction entre «entreprise» et «passe-temps», on a constamment statué que, lorsque l'activité en cause n'est

s. 3. This is in accordance with the restrictive approach to s. 3(a).

pas visée par la définition d'«entreprise», les profits dont on reconnaît l'existence ne sont pas assujettis à l'impôt en vertu de l'art. 3. Cela est compatible avec l'interprétation restrictive de l'al. 3a).

71 In cases where a receipt of money has fallen outside of s. 3 and Subdivision d of Division B of Part I of the Act, the money has not been taxed. For example, in *The Queen v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428, the taxpayer received \$300 as a prize for achievement. As a result, it fell outside of s. 56(1)(n), which provided for taxation of prizes over \$500. The Minister claimed that the sum was still taxable as a “benefit” under s. 6(1)(a). Dickson J., as he then was, rejected this argument, because to do otherwise would have meant that s. 56(1)(n) had no meaning. As that sum was not specifically included in the Act it was not taxable. Thus one could state that that decision is inconsistent with a literal interpretation of s. 3(a).

Dans les cas où une rentrée d'argent n'était visée ni par l'art. 3 ni par la sous-section d de la section B de la partie I de la Loi, la somme en cause n'a pas été assujettie à l'impôt. Par exemple, dans *La Reine c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428, la contribuable avait reçu la somme de 300 \$ à titre de récompense couronnant une œuvre remarquable. Cette somme n'était donc pas visée par l'al. 56(1)n) qui prescrivait l'assujettissement à l'impôt des récompenses de plus de 500 \$. Le Ministre a fait valoir que la somme demeurait imposable à titre d'«avantage» au sens de l'al. 6(1)a). Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a rejeté cet argument parce que le retenir aurait signifié que l'al. 56(1)n) n'avait aucun sens. Comme cette somme n'était pas expressément visée par la Loi, elle n'était pas imposable. Il serait donc possible de dire que cet arrêt est incompatible avec une interprétation littérale de l'al. 3a).

72 Moreover, it could be argued that the structure of the Act supports the conclusion that sources may be taxed only if specifically recognized in the Act. If s. 3(a) includes all income from any source, then there is no reason for Subdivision d of Division B of Part I of the Act (ss. 56 to 59.1, “Other Sources of Income”). Section 56 would be left with no purpose, since all sources it lists would already be covered by the general opening words of s. 3(a). However, I acknowledge in pointing this out that s. 56 contains disclaiming words similar to those found in s. 3(a).

De plus, on pourrait faire valoir que l'économie de la Loi justifie de conclure que seules les sources expressément reconnues dans la Loi peuvent donner lieu à l'assujettissement à l'impôt. Si l'alinéa 3a) vise tous les revenus provenant de quelque source que ce soit, la sous-section d de la section B de la partie I de la Loi (art. 56 à 59.1, «Autres sources de revenu») perd alors sa raison d'être. L'article 56 serait alors sans objet, étant donné que toutes les sources qu'il énumère seraient déjà visées par le préambule général de l'al. 3a). Je reconnais toutefois que l'art. 56 renferme une disposition non limitative semblable à celle de l'al. 3a).

73 La Forest J. finds support for his position in *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 850, and *Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322. With respect, my reading of those cases brings me to a different conclusion. I agree that the trial judge in *Curran* held that the payment in question was taxable under the general words of s. 3. However, this Court did not approve or even mention the proposition that the payment could be

Le juge La Forest cite à l'appui de sa position les arrêts *Curran c. Minister of National Revenue*, [1959] R.C.S. 850, et *Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322. En toute déférence, mon interprétation de ces arrêts m'amène à une conclusion différente. Je conviens que le juge de première instance a conclu, dans *Curran*, que le paiement en cause était imposable en vertu de la disposition générale de l'art. 3. Cependant, notre Cour n'a ni approuvé

taxed under the general provision of s. 3. Instead, it was held that the payment amounted to income from employment, since it was made in exchange for personal service. Kerwin C.J. found, “the payment of \$250,000 was made for personal service only and that conclusion really disposes of the matter . . .” (p. 856). I do not agree that *Curran* is any authority for supporting taxation of unenumerated sources.

Likewise, I disagree that this Court in *Fries* implicitly held that unenumerated sources of income are taxable. This judgment allowed the appeal on the basis that strike pay did not come within the definition of “income . . . from a source” within the meaning of s. 3. If anything, this case leans against the proposition that unenumerated sources are taxable. This case follows the tradition of excluding any sources not specifically recognized in the Act.

If this Court intends to conclude that s. 3(a) should be applied literally, and permit taxation on income from any source whatsoever, it should only do so in circumstances which warrant such a decision because such a result is of fundamental importance. Moreover, as I have mentioned, so deciding can be viewed as a marked departure from previous tax jurisprudence. In 1966, the Carter Commission recommended the extension of taxation to all sources of income and all accretions to purchasing power, but its recommendations were not implemented by Parliament and it is hardly the role of the judiciary to do so.

Accordingly, it is my opinion that this Court in this case should not answer the question of whether s. 3(a) permits taxation of unenumerated sources. We should only do so when the question is properly and unavoidably before us.

ni même mentionné l'idée que le paiement pouvait être assujéti à l'impôt en vertu de la disposition générale de l'art. 3. Elle a plutôt statué que ce paiement constituait un revenu d'emploi étant donné qu'il avait été obtenu pour des services personnels. Le juge en chef Kerwin a conclu que [TRADUCTION] «la somme de 250 000 \$ [avait] été versée pour des services personnels seulement et [que] cette conclusion [réglait] vraiment la question . . .» (p. 856). Je ne partage pas l'avis que l'arrêt *Curran* permet de dire que le revenu provenant d'une source non énumérée est imposable.

Je ne suis pas d'accord non plus pour dire que notre Cour a conclu implicitement, dans l'arrêt *Fries*, que le revenu provenant d'une source non énumérée est imposable. Dans cette affaire, le pourvoi a été accueilli pour le motif qu'une indemnité de grève n'était pas visée par la définition de «revenu [tiré d'une] source» au sens de l'art. 3. Cet arrêt milite plutôt contre l'idée que le revenu provenant d'une source non énumérée est imposable. Il respecte la coutume d'exclure toute source non expressément reconnue dans la Loi.

Si notre Cour entend conclure que l'al. 3a) devrait s'appliquer à la lettre et permettre l'imposition du revenu provenant de quelque source que ce soit, elle ne devrait le faire que dans des circonstances qui justifient une telle décision en raison de l'importance fondamentale que celle-ci revêt. De plus, comme je l'ai mentionné, pareille décision est susceptible d'être perçue comme une dérogation marquée à la jurisprudence fiscale. En 1966, la commission Carter a recommandé d'assujétir à l'impôt toutes les sources de revenu et toutes les augmentations du pouvoir d'achat, mais le législateur n'a pas donné suite à ses recommandations et il n'appartient guère aux tribunaux de le faire.

En conséquence, j'estime que notre Cour ne devrait pas, en l'espèce, répondre à la question de savoir si l'al. 3a) permet d'assujétir à l'impôt le revenu provenant d'une source non énumérée. Elle ne devrait le faire que lorsqu'elle sera dûment et inévitablement saisie de la question.

74

75

76

77

I agree in all other respects with my colleague La Forest J. and would dispose of the appeal in the manner he proposes.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Toronto.

Je souscris, à tous autres égards, aux motifs de mon collègue le juge La Forest et je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière qu'il propose.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Toronto.

John M. Tennant *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: TENNANT v. M.N.R.

File No.: 24339.

1995: November 8; 1996: February 22.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Income from business or property — Deductions — Interest — Taxpayer claiming interest paid on loan used to purchase shares — Shares disposed of in rollover transaction — Deduction allowed only for amount of interest on cost of replacement shares — Whether full amount of interest deductible — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c)(i).

The appellant used a \$1 million bank loan to acquire 1 million common shares of a corporation at \$1 per share. In 1985 he disposed of the shares to a holding company in a rollover transaction pursuant to s. 85 of the *Income Tax Act*. The declared fair market value of the original shares at the time of disposition was \$1,000, as was the agreed purchase price and fair market value of the replacement shares. The appellant claimed a deduction for the full amount of the interest paid on the loan under s. 20(1)(c)(i) of the Act. The deduction was allowed by the Minister of National Revenue up to the time of the rollover, but for 1985 and 1986 the appellant was allowed a deduction only for the amount of interest that would have been paid if the loan had been equal to the cost to the appellant of the replacement shares, namely \$1,000. His appeals from the reassessments for the 1985 and 1986 taxation years to the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal were dismissed.

Held: The appeal should be allowed.

Under s. 20(1)(c)(i), interest can be deducted as an expense when the interest is paid or payable in the

John M. Tennant *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: TENNANT c. M.R.N.

Nº du greffe: 24339.

1995: 8 novembre; 1996: 22 février.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Revenu d'une entreprise ou d'un bien — Déductions — Intérêt — Déduction par le contribuable de l'intérêt versé sur un emprunt contracté pour acheter des actions — Disposition des actions dans une opération de transfert libre d'impôt — Déduction accordée seulement pour le montant des intérêts payés sur le coût des actions de remplacement — Le plein montant des intérêts est-il déductible? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)(c)(i).

L'appellant a utilisé un emprunt bancaire de 1 million de dollars pour acheter 1 million d'actions ordinaires d'une société, au prix de 1 dollar l'action. En 1985, il a vendu ses actions à une société de portefeuille par une opération de transfert libre d'impôt conformément à l'art. 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Au moment de la vente, la juste valeur marchande déclarée des actions initiales était de 1 000 \$; le prix d'achat convenu et la juste valeur marchande des actions de remplacement étaient aussi de 1 000 \$. L'appellant a réclamé, en vertu du sous-al. 20(1)(c)(i) de la Loi, la déduction du plein montant des intérêts payés relativement à l'emprunt. Le ministre du Revenu national a admis la déduction pour la période précédant l'opération de transfert mais, pour 1985 et 1986, il n'a admis la déduction que pour le montant des intérêts qui auraient été payés si l'emprunt avait été égal au coût pour l'appellant des actions de remplacement, soit 1 000 \$. La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont rejeté les appels des avis de nouvelle cotisation établis pour les années d'imposition 1985 et 1986.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le sous-al. 20(1)(c)(i) édicte que l'intérêt peut être déduit à titre de dépense lorsqu'il est payé ou payable au

taxation year pursuant to a legal obligation to pay interest, and when the interest is payable on money borrowed for the purpose of earning income from a business or property. The purpose of the interest deduction provision is to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income. In order to deduct interest payments, the taxpayer must establish a link between the current eligible use property, the proceeds of disposition of the original eligible use property, and the money that was borrowed to acquire the original eligible use property. This has been done in this case. Both the original and the replacement shares are directly traceable to the loan as the appellant reinvested all the proceeds of disposition. Money was borrowed and used by the appellant in order to produce investment income, and continued to be used for this purpose even though the investment vehicle for producing the income changed. The ability to deduct interest is not lost simply because the taxpayer sells the income-producing property, as long as the taxpayer reinvests in an eligible use property. The basis for an interest deduction pursuant to s. 20(1)(c)(i) is not the value of the replacement property but the amount of the original loan. As long as the replacement property can be traced to the entire amount of the loan, then the entire amount of the interest payment may be deducted. If the replacement property can be traced to only a portion of the loan, then only a proportionate amount of the interest may be deducted. The view that the interest deduction is to be based on the value of the replacement property fails to further the purpose of s. 20(1)(c)(i). It also introduces an irrational asymmetry, since where the value of the new shares exceeds the amount of the loan, the basis of the interest deduction is the loan, not the value of the new shares. Finally, the taxpayer's utilization of the capital loss provisions should not bear on the deductibility of his current interest expense that results from financing the capital purchase of shares.

Cases Cited

Distinguished: *Emerson v. The Queen*, 86 D.T.C. 6184; referred to: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717.

cours d'une année d'imposition en vertu d'une obligation légale de verser un intérêt, et lorsque l'intérêt est payable sur de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. La disposition permettant la déduction des intérêts a pour but de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables. Pour déduire les intérêts, le contribuable doit établir un lien entre le bien dont l'utilisation actuelle est admissible, le produit de la disposition du bien dont l'utilisation initiale était admissible et l'argent qui a été emprunté pour acheter le bien dont l'utilisation initiale était admissible. C'est ce qui a été fait en l'espèce. Tant les actions initiales que les actions de remplacement tirent directement leur origine de l'emprunt, étant donné que l'appelant a réinvesti tout le produit de la disposition. L'argent a été emprunté et utilisé par l'appelant afin de produire un revenu de placement, et il a continué d'être utilisé à cette fin même si le mode de placement devant servir à produire ce revenu a changé. Le droit de déduire l'intérêt n'est pas perdu du simple fait que le contribuable vend le bien produisant un revenu, si le contribuable réinvestit dans un bien dont l'utilisation est admissible. Le fondement de la déduction des intérêts en vertu du sous-al. 20(1)c)(i) n'est pas la valeur du bien de remplacement, mais le montant de l'emprunt initial. Dans la mesure où le bien de remplacement est attribuable au plein montant de l'emprunt, alors le plein montant du versement des intérêts peut être déduit. Si le bien de remplacement n'est attribuable qu'à une partie de l'argent emprunté, alors seulement une partie proportionnelle des intérêts peut être déduite. Le point de vue que la déductibilité des intérêts doit se fonder sur la valeur du bien de remplacement ne tient pas compte du but du sous-al. 20(1)c)(i). Il crée aussi une asymétrie irrationnelle car, lorsque la valeur des nouvelles actions dépasse le montant de l'emprunt, le fondement de la déduction des intérêts est le prêt et non la valeur des nouvelles actions. Enfin l'utilisation par le contribuable des dispositions relatives aux pertes en capital ne devrait pas avoir d'incidence sur la déductibilité de ses frais d'intérêt actuels qui résultent du financement de l'acquisition d'un capital sous forme d'actions.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Emerson c. The Queen*, 86 D.T.C. 6184; arrêts mentionnés: *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), (b), 20(1)(c)(i), 38(c) [ad. 1977-78, c. 42, s. 2], 39(1)(c) [rep. & sub. 1979, c. 5, s. 11], 85.

Authors Cited

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. "Interest Deductibility: More Form over Substance" (1993), 4 *Can. Curr. Tax C17*.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1994), 175 N.R. 332, 94 D.T.C. 6505, [1994] 2 C.T.C. 113, upholding a decision of the Federal Court, Trial Division (1993), 59 F.T.R. 258, 93 D.T.C. 5067, [1993] 1 C.T.C. 148, dismissing the appellant's appeal from reassessments for the 1985 and 1986 taxation years. Appeal allowed.

Warren J. A. Mitchell, Q.C., and *Karen R. Sharlow*, for the appellant.

Johannes A. Van Iperen, Q.C., and *Elizabeth Junkin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal involves the question of whether interest can be deducted by a taxpayer on a loan to purchase shares when the shares have been disposed of in a rollover transaction.

I. Facts

In May 1981, the appellant borrowed \$1,000,000 from the Royal Bank of Canada. The appellant used the loan to acquire 1,000,000 common shares from treasury of an arm's length corporation, Realwest Energy Corporation, at \$1 per share. Pursuant to the loan agreement between the appellant and the Royal Bank, the appellant had a legal obligation to pay interest on the loan to the

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)a) [abr. et rempl. 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 26], b), 20(1)c)(i), 38c) [aj. 1977-78, ch. 42, art. 2], 39(1)c) [abr. et rempl. 1979, ch. 5, art. 11], 85.

Doctrine citée

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. «Interest Deductibility: More Form over Substance» (1993), 4 *Can. Curr. Tax C17*.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1994), 175 N.R. 332, 94 D.T.C. 6505, [1994] 2 C.T.C. 113, qui a confirmé la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale (1993), 59 F.T.R. 258, 93 D.T.C. 5067, [1993] 1 C.T.C. 148, qui avait rejeté l'appel de l'appellant contre les avis de nouvelle cotisation établis pour les années d'imposition 1985 et 1986. Pourvoi accueilli.

Warren J. A. Mitchell, c.r., et *Karen R. Sharlow*, pour l'appellant.

Johannes A. Van Iperen, c.r., et *Elizabeth Junkin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — La question du pourvoi est de savoir si un contribuable peut déduire l'intérêt versé relativement à un emprunt contracté pour acheter des actions, quand il a disposé de ces actions par une opération de transfert libre d'impôt.

I. Les faits

En mai 1981, l'appellant a emprunté 1 000 000 \$ à la Banque Royale du Canada. Il a utilisé la somme empruntée pour acquérir 1 000 000 actions ordinaires de trésorerie d'une société sans lien de dépendance, Realwest Energy Corporation, au prix d'un dollar l'action. Conformément au contrat de prêt entre l'appellant et la Banque Royale, l'appellant avait l'obligation juridique de verser à la

Royal Bank, from May 1981 to December 31, 1986.

Banque Royale des intérêts sur son emprunt, de mai 1981 au 31 décembre 1986.

3 On July 25, 1985, the appellant disposed of the Realwest shares to an arm's length holding company called TWL Holdings Ltd. The Agreement of Purchase and Sale between the appellant and TWL was entered into pursuant to s. 85 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (the "Act"). The appellant received as consideration for the disposition of the Realwest shares 1,000 Class B common, non-voting, participating shares in TWL, with a par value of \$1 per share. The declared fair market value of the Realwest shares at the time of disposition was \$1,000. The agreed purchase price and fair market value of the 1,000 Class B TWL shares was \$1,000.

Le 25 juillet 1985, l'appelant a vendu ses actions de Realwest à une société de portefeuille sans lien de dépendance appelée TWL Holdings Ltd. L'appelant et TWL ont conclu la convention d'achat-vente conformément à l'art. 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la «Loi»). En contrepartie des actions de Realwest, l'appelant a reçu 1 000 actions ordinaires participantes sans droit de vote de catégorie B de TWL, ayant une valeur nominale d'un dollar l'action. Au moment de la vente, la juste valeur marchande déclarée des actions de Realwest était de 1 000 \$. Le prix d'achat convenu et la juste valeur marchande des 1 000 actions de la catégorie B de TWL étaient de 1 000 \$.

4 In disposing of his Realwest shares, the appellant planned to claim an allowable business investment loss pursuant to ss. 38(c) and 39(1)(c) of the Act. Although the nominal holder of the Realwest shares was TWL, the Realwest dividends that TWL received were passed on to the TWL shareholders who had formerly held Realwest shares. In substance, the appellant's economic interest in Realwest did not change subsequent to the disposition of the Realwest shares.

Quand il avait disposé des actions de Realwest, l'appelant avait prévu réclamer une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise en vertu des al. 38c) et 39(1)c) de la Loi. Bien que TWL ait été le détenteur nominal des actions de Realwest, les dividendes de Realwest versés à TWL ont été transmis aux actionnaires de TWL qui avaient auparavant détenu des actions de Realwest. En somme, l'intérêt financier de l'appelant dans Realwest n'a pas changé après qu'il eut disposé des actions de Realwest.

5 In April 1987, Realwest underwent a share restructuring. As a result, Realwest paid a dividend to its common shareholders, including TWL. On July 20, 1987, three months after the dividend payment, TWL used a portion of the Realwest dividend to pay a \$316,232.62 dividend to the appellant on his TWL shares. The appellant used this dividend to make a partial repayment of the loan.

En avril 1987, Realwest a entrepris une réorganisation de ses actions, à la suite de laquelle elle a payé un dividende aux détenteurs de ses actions ordinaires, dont TWL. Le 20 juillet 1987, trois mois après le paiement du dividende, TWL a utilisé une partie du dividende payé par Realwest pour verser un dividende de 316 232,62 \$ à l'appelant à l'égard de ses actions de TWL. L'appelant a utilisé ce dividende pour rembourser partiellement son emprunt.

6 Prior to July 25, 1985, the appellant claimed a deduction for the full amount of the interest paid to Royal Bank pursuant to s. 20(1)(c)(i), and the deduction was allowed. However, for 1985 and 1986, the appellant continued to claim a deduction for the full amount of the interest paid to the Royal Bank. The appellant was reassessed, and was

Pour la période antérieure au 25 juillet 1985, l'appelant a réclagé la déduction du plein montant des intérêts payés à la Banque Royale, en vertu du sous-al. 20(1)c)(i), déduction qui a été admise. Cependant, pour les années 1985 et 1986, l'appelant a continué de réclamer la déduction du plein montant des intérêts payés à la Banque Royale.

allowed a s. 20(1)(c)(i) deduction only for the amount of interest that would have been paid if the loan had been equal to the cost to the appellant for the TWL shares, namely, \$1,000.

The appellant unsuccessfully appealed to both the Federal Court, Trial Division ((1993), 59 F.T.R. 258, 93 D.T.C. 5067, [1993] 1 C.T.C. 148) and the Federal Court of Appeal ((1994), 175 N.R. 332, 94 D.T.C. 6505, [1994] 2 C.T.C. 113).

II. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 (applicable to taxation years 1985 and 1986)

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the

L'appelant a reçu un avis de nouvelle cotisation lui accordant une déduction, conformément au sous-al. 20(1)c(ii), seulement pour le montant des intérêts qui auraient été payés si l'emprunt avait été égal au coût pour l'appelant des actions de TWL, soit 1 000 \$.

L'appelant a interjeté appel, sans succès, à la Section de première instance de la Cour fédérale ((1993), 59 F.T.R. 258, 93 D.T.C. 5067, [1993] 1 C.T.C. 148) et à la Cour d'appel fédérale ((1994), 175 N.R. 332, 94 D.T.C. 6505, [1994] 2 C.T.C. 113).

II. Dispositions légales pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, (applicable aux années d'imposition 1985 et 1986)

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense a été fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;

b) une somme déboursée, une perte ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien

income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

38. For the purposes of this Act,

(c) a taxpayer's allowable business investment loss for a taxation year from the disposition of any property is 1/2 of his business investment loss for the year from the disposition of that property.

39. (1) For the purposes of this Act,

(c) a taxpayer's business investment loss for a taxation year from the disposition of any property is the amount, if any, by which his capital loss for the year from a disposition after 1977

(i) to which subsection 50(1) applies, or

(ii) to a person with whom he was dealing at arm's length

of any property that is

(iii) a share of the capital stock of a Canadian-controlled private corporation, or

exceeds the aggregate of

III. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division* (1993), 59 F.T.R. 258

8 In considering whether the appellant was entitled, pursuant to s. 20(1)(c)(i) of the Act, to deduct the full amount of interest paid on the loan, Teitelbaum J. referred to *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32. In particular, he noted (at pp. 264-65) Dickson C.J.'s articulation of the purpose of the interest deductibility section:

It is perhaps otiose to note at the outset that in the absence of a provision such as s. 20(1)(c) specifically authorizing the deduction from income of interest pay-

dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie)

38. Aux fins de la présente loi,

c) la perte déductible au titre d'un placement d'entreprise subie par un contribuable, pour une année d'imposition, résultant de la disposition d'un bien quelconque, est la moitié de la perte au titre d'un placement d'entreprise que ce contribuable a subie, pour l'année, par suite de la disposition de ce bien.

39. (1) Aux fins de la présente loi,

c) une perte au titre d'un placement d'entreprise subie par un contribuable, pour une année d'imposition, résultant de la disposition d'un bien quelconque désigne la fraction, si fraction il y a, de la perte en capital que le contribuable a subie pour l'année résultant d'une disposition, après 1977,

(i) à laquelle le paragraphe 50(1) s'applique, ou

(ii) en faveur d'une personne avec laquelle il n'avait aucun lien de dépendance

d'un bien qui est

(iii) une action du capital-actions d'une corporation privée dont le contrôle est canadien, ou

qui est en sus du total

III. Juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance* (1993), 59 F.T.R. 258

Afin de déterminer si l'appelant avait droit, en vertu du sous-al. 20(1)c)(i) de la Loi, de déduire le plein montant de l'intérêt versé relativement à l'emprunt, le juge Teitelbaum s'est référé à l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32. Il a notamment cité la description qu'avait faite le juge en chef Dickson du but de la disposition concernant la déductibilité des intérêts (aux pp. 264 et 265):

Il est peut-être superflu de souligner dès le départ que, à défaut d'une disposition telle que l'al. 20(1)c), qui autorise expressément que les intérêts payés soient dans cer-

ments in certain circumstances, no such deductions could generally be taken by the taxpayer . . .

I agree with Marceau, J., as to the purpose of the interest deduction provision. Parliament created s. 20(1)(c)(i) and made it operate notwithstanding s. 18(1)(b), in order to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income . . .

The statutory deduction thus requires a characterization of the use of borrowed money as between the eligible use of earning non-exempt income from a business or property and a variety of possible ineligible uses. The onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction . . .

The interest deduction provision requires not only a characterization of the use of borrowed funds, but also a characterization of "purpose". Eligibility for the deduction is contingent on the use of borrowed money for the purpose of earning income. It is well-established in the jurisprudence, however that it is not the purpose of the borrowing itself which is relevant. What is relevant, rather, is the taxpayer's purpose in using the borrowed money in a particular manner: *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (T.A.B.). Consequently, the focus on the inquiry must be centered on the use to which the taxpayer put the borrowed funds. [Emphasis added by Teitelbaum J.]

Teitelbaum J. emphasized that it is the current, direct use of the borrowed money that is to be the focus of any inquiry. An indirect use or the original use of the borrowed money is not relevant.

Teitelbaum J. noted the appellant's position as follows (at pp. 265-66):

In the present case, the plaintiff [appellant] did not dispute the principle of law enunciated in *Bronfman Trust*, supra, which requires that a taxpayer trace the borrowed funds through to a current, direct and eligible use. However, the plaintiff claimed that the decision in *Bronfman* is distinguishable from the present facts at hand in that the tracing principle was only meant to apply in situations where the second investment was a

taines circonstances déduits du revenu, le contribuable ne peut en règle générale bénéficier d'aucune déduction de ce genre . . .

Je partage l'avis du juge Marceau quant au but de la disposition permettant la déduction d'intérêts. Le législateur a conçu le sous-al. 20(1)c(i) et lui a donné effet nonobstant l'al. 18(1)b pour favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables . . .

La déduction prévue par la loi exige donc qu'on détermine si l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ce qui constitue une utilisation admissible, ou s'il a été affecté à quelqu'une des possibles utilisations inadmissibles. Il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable, ouvrant droit à la déduction . . .

La disposition prévoyant la déduction des intérêts exige non seulement la détermination de l'usage auquel ont été affectés les fonds empruntés, mais aussi la détermination de la «fin». L'admissibilité à la déduction est soumise à la condition que l'argent emprunté soit utilisé pour produire un revenu. Cependant, il est bien établi par la jurisprudence que le point pertinent n'est pas la fin de l'emprunt lui-même. Ce qui est pertinent est plutôt la fin qu'a visée le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière: *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (C.A.I.) Il s'ensuit donc que l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés. [Souligné par le juge Teitelbaum.]

Le juge Teitelbaum a fait observer que l'examen doit être axé sur l'utilisation actuelle et directe des fonds empruntés. Une utilisation indirecte ou l'utilisation originale de ces fonds ne sont pas pertinentes.

Le juge Teitelbaum a décrit la position de l'appelant de la façon suivante (aux pp. 265 et 266):

En l'espèce, le demandeur [appellant] n'a pas contesté le principe de droit énoncé dans *Bronfman Trust*, précité, qui oblige un contribuable à établir que les fonds empruntés ont été affectés à une utilisation actuelle, directe et admissible. Toutefois, le demandeur a allégué que la décision rendue dans *Bronfman* peut être distinguée des faits de l'espèce en ce sens que le principe de l'affectation était uniquement destiné à s'appliquer dans les cas où le second placement était composé d'un bien distinct producteur de revenu qui avait été

separate income earning property which was purchased with the proceeds of the sale of the first investment.

Counsel for the plaintiff submitted that unlike the *Bronfman Trust* scenario, here the TWL shares were not a second, separate investment vehicle, apart from their ability to pass onto the plaintiff the dividends received from the Realwest shares. It was argued that at all times the source of income, which was acquired by the plaintiff using the \$1,000,000 borrowed funds, remained intact. Accordingly, the s. 85 rollover did not change the real source of the plaintiff's income, rather it was only the form of the investment which was altered. Thus, counsel for the plaintiff contended that there is no need to point out the existence of an indirect source of income when, from an economic and practical point of view, the real source of income, being the Realwest shares, continued to exist.

Counsel for the plaintiff put great emphasis on the need for the court to look beyond the mere form of the investment to the substance and economic reality of the situation

The plaintiff attached a considerable amount of importance to the fact that irrespective of the fact that after July 25, 1985 he did not retain an equitable or legal title to the Realwest shares, those shares and his remaining \$999,000 investment remained intact as an economic interest because the dividends he received were dividends that flowed from Realwest through TWL, which would not have been possible had the plaintiff disposed of his shares to a third party and then used the proceeds thereof to acquire a second independent investment vehicle.

10

This characterization of the facts, in Teitelbaum J.'s view, was "fallacious". He found that the transfer of the Realwest shares to TWL pursuant to the s. 85 rollover did not "constitute a mere change in the form of the investment but a change of investment" (p. 266). In reaching this conclusion, he noted that the appellant had claimed a business investment loss under ss. 38(c) and 39(1)(c). These sections permit the taxpayer to claim a business investment loss that results from a disposition of property. Teitelbaum J. noted that when a person disposes of property, they have alienated the property to the point where they no longer retain a legal interest in that property. Accordingly, Teitelbaum

acquis à l'aide du produit de la vente du premier placement.

L'avocat du demandeur a soutenu que contrairement à ce qui s'était produit dans *Bronfman Trust*, les actions de TWL ne constituaient pas un second moyen distinct de placement, indépendamment de leur capacité de transmettre au demandeur les dividendes touchés sur les actions de Realwest. Il a été soutenu que la source de revenu, acquise par le demandeur à l'aide de la somme de 1 000 000 \$ qui avait été empruntée, est toujours demeurée intacte. Par conséquent, le transfert libre d'impôt effectué en vertu de l'article 85 n'a pas modifié la véritable source de revenu du demandeur, mais c'est plutôt la forme de placement qui a été modifiée. L'avocat du demandeur a donc soutenu qu'il n'était pas nécessaire de signaler l'existence d'une source indirecte de revenu lorsque, au point de vue économique et pratique, la véritable source de revenu, soit les actions de Realwest, continuait à exister.

L'avocat du demandeur a énormément insisté sur la nécessité pour la Cour de ne pas se contenter de tenir compte de la forme que prend le placement, mais de s'attacher aussi à la substance et à la réalité économique de la situation

Le demandeur a attaché énormément d'importance à ce qu'indépendamment du fait qu'après le 25 juillet 1985, il n'a pas conservé un titre légal ou en *equity* sur les actions de Realwest, ces actions et le reste de la somme investie, qui s'élevait à 999 000 \$, sont demeurés intacts à titre d'intérêt financier, parce que les dividendes qu'il touchait provenaient de Realwest par l'entremise de TWL, ce qui n'aurait pas été possible s'il avait disposé de ses actions en faveur d'un tiers, puis avait utilisé le produit de la disposition pour acquérir un second moyen de placement indépendant.

Le juge Teitelbaum a considéré que cette caractérisation des faits était «fallacieuse». Il a conclu que le transfert des actions de Realwest à TWL, par suite d'un transfert libre d'impôt effectué en vertu de l'art. 85, «ne constitue pas [. . .] un simple changement dans la forme que prend le placement, mais constitue plutôt un changement d'investissement» (p. 266). Pour arriver à cette conclusion, il a noté que l'appelant avait réclamé une perte au titre d'un placement d'entreprise en vertu des al. 38(c) et 39(1)(c). Ces dispositions permettent au contribuable de réclamer une perte au titre d'un placement d'entreprise découlant de la disposition d'un bien. Le juge Teitelbaum a fait remarquer que, lors-

J. stated that “once a taxpayer has ‘disposed’ of an asset and claimed a business investment loss, he therefore should be precluded from maintaining the position that this original investment vehicle did not disappear, but merely changed its form” (p. 267). Teitelbaum J. also rejected the appellant’s assertion that the transfer of the Realwest shares to TWL in exchange for 1,000 TWL shares merely constituted the insertion of a holding company between the appellant and Realwest.

Teitelbaum J. then turned to consider what the appellant’s source of income was after the transfer of the Realwest shares to TWL (at p. 267):

Having regard to the economic and legal reality of the transaction leads me to the conclusion that after July 25, 1985 the plaintiff’s only source of income which remained was the TWL shares acquired at a cost of \$1,000. Although the plaintiff was, as a shareholder of TWL, entitled to receive dividends from TWL whatever the source of such amounts to be, [sic] the plaintiff did not retain control over the flow of the dividend income from Realwest through TWL to himself. As such the plaintiff could not be said to have any legal or equitable interest in the Realwest shares. [Emphasis in original.]

The appellant asserted that TWL’s assets in Realwest were a direct investment of the appellant, citing *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2. However, Teitelbaum J. commented as follows (at p. 267):

In my opinion *Kosmopoulos*, supra, is inapplicable to the case at bar because the decision in *Kosmopoulos* was so affected by its facts. There the court was willing to lift the corporate veil and find that Mr. Kosmopoulos had a clear economic interest in those assets largely because he remained the sole shareholder of the corporation. Similarly, in *Brierly*, supra, the court lifted the corporate veil on the basis that the taxpayer remained a shareholder of the company from which he received dividends. These cases are distinguishable from the present set of facts since, here, the plaintiff is no longer a share-

qu’une personne a disposé d’un bien, cette personne a aliéné le bien au point qu’elle ne conserve plus aucun droit sur celui-ci. Par conséquent, a dit le juge Teitelbaum, «une fois que le contribuable a «disposé» d’un bien et a réclamé une perte au titre d’un placement d’entreprise, il ne devrait plus pouvoir maintenir que ce moyen de placement initial n’a pas disparu, mais a simplement pris une autre forme» (p. 267). Le juge Teitelbaum a aussi rejeté l’argument de l’appelant selon lequel le transfert des actions de Realwest à TWL en échange de 1 000 actions de TWL a simplement interposé une société de portefeuille entre Realwest et l’appelant.

Le juge Teitelbaum a ensuite examiné quelle était la source de revenu de l’appelant après le transfert des actions de Realwest à TWL (à la p. 267):

Compte tenu de la réalité économique et juridique de l’opération, je conclus qu’après le 25 juillet 1985, la seule source de revenu qu’il restait au demandeur était constituée des actions de TWL acquises au prix de 1 000 \$. En sa qualité d’actionnaire de TWL, le demandeur avait le droit de toucher des dividendes de TWL, quelle que soit la source de ceux-ci, mais il n’a pas conservé le contrôle sur le revenu qu’il tirait des dividendes de Realwest par l’entremise de TWL. Cela étant, on ne pourrait pas dire que le demandeur possède quelque titre légal ou *equity* sur les actions de Realwest. [Souligné dans l’original]

Affirmant que les actions de Realwest possédées par TWL constituaient un placement direct de l’appelant, ce dernier a invoqué l’arrêt *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2. Le juge Teitelbaum a cependant fait le commentaire suivant (à la p. 267):

À mon avis, l’arrêt *Kosmopoulos*, précité, ne s’applique pas en l’espèce, car la décision qui a été rendue dans cette affaire-là dépendait dans une large mesure des faits. Dans cette affaire-là, la Cour était prête à lever le voile corporatif et à conclure que M. Kosmopoulos avait clairement un intérêt, principalement parce qu’il demeurait l’unique actionnaire de la corporation. De même dans *Brierly*, précité, la Cour a levé le voile corporatif en se fondant sur le fait que le contribuable était encore actionnaire de la société qui lui versait les dividendes. Ces arrêts peuvent être distingués des faits de

holder of Realwest but is merely one of many shareholders of TWL.

Accordingly, Teitelbaum J. was of the view (at pp. 267-68) that:

The principle of law, enunciated in *Bronfman Trust*, supra, as it relates to when a s. 20(1)(c) interest deduction may be made is clear, in that it is the direct and actual use of the borrowed money that is important and not an indirect use from which a benefit might be derived. Turning to the present facts at bar, I cannot accept the plaintiff's contention that the original \$1,000,000 loan continued to be used during his 1985 and 1986 taxation years to earn income from property. After July 25, 1985, the only source from which the plaintiff continued to directly earn income, which related to the borrowed funds, was via his 1,000 TWL shares.

The fact that the plaintiff indirectly earned income from Realwest through TWL does not mean that the Realwest shares survived as a source of income to the plaintiff. It became a source of income for TWL.

On the facts as outlined, I am satisfied that it cannot be said that the full \$1,000,000 Royal Bank loan continued to be used directly and actually by the plaintiff to earn income from the Realwest shares, as he, as of July 25, 1985 no longer legally or equitably owned the shares. They, the shares, were owned by TWL.

12

Teitelbaum J. stated that, in his opinion, the language of s. 20(1)(c) is not ambiguous when read in conjunction with s. 20(1), and that it is clear "that the amount borrowed by the taxpayer must relate to a source from which the taxpayer has a reasonable expectation of profit" (p. 268). He concluded, therefore (at p. 268), that:

As previously stated the plaintiff upon effecting the s. 85 rollover disposed of his Realwest shares, and received as proceeds from the disposition 1,000 shares of TWL of a par value of \$1 each. Therefore, I conclude that as of July 25, 1985, the plaintiff only invested \$1000 of the \$1,000,000 original investment and thus

l'espèce, car, dans ce cas-ci, le demandeur n'est plus actionnaire de Realwest, mais est simplement l'un des nombreux actionnaires de TWL.

Par conséquent, le juge Teitelbaum a exprimé l'avis que (aux pp. 267 et 268):

Le principe de droit énoncé dans *Bronfman Trust*, précité, en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles des intérêts peuvent être déduits en vertu de l'al. 20(1)(c), est clair, en ce sens que c'est l'utilisation directe et actuelle de l'argent emprunté qui importe et non l'utilisation indirecte susceptible de conférer un avantage. Compte tenu des faits de l'espèce, je ne puis retenir l'argument du demandeur que, pendant ses années d'imposition 1985 et 1986, il a continué à utiliser la somme de 1 000 000 \$ initialement empruntée en vue de tirer un revenu d'un bien. Après le 25 juillet 1985, la seule source directe de revenu du demandeur, qui était rattachée aux fonds empruntés, provenait des 1 000 actions de TWL.

Le fait que le demandeur a indirectement tiré un revenu de Realwest par l'entremise de TWL ne veut pas dire que les actions de Realwest ont continué à être une source de revenu pour le demandeur. Elles sont devenues une source de revenu pour TWL.

Compte tenu des faits ci-dessus énoncés, je suis convaincu qu'il est impossible de dire que le demandeur a continué à faire une utilisation directe et actuelle du plein montant de 1 000 000 \$ qu'il a emprunté à la Banque royale pour tirer un revenu des actions de Realwest, puisque le 25 juillet 1985, il n'était plus propriétaire en common law ou en *equity* des actions. Les actions appartenaient à TWL.

Le juge Teitelbaum a affirmé que, à son avis, le libellé de l'al. 20(1)(c) n'est pas ambigu s'il est lu à la lumière du par. 20(1), et qu'il est clair «que le montant emprunté par le contribuable doit se rattacher à une source à l'égard de laquelle ce dernier a une expectative raisonnable de profit» (p. 268). Il a donc conclu à la p. 268 que:

Comme il en a déjà été fait mention, le demandeur, en effectuant un transfert en vertu de l'art. 85, a disposé des actions qu'il détenait dans Realwest et a reçu, à titre de produit de la disposition, 1 000 actions de TWL d'une valeur nominale d'un dollar chacune. Je conclus donc que le 25 juillet 1985, le demandeur n'a investi que 1 000 \$, du montant de 1 000 000 \$ constituant l'investissement initial, et que les actions de TWL représen-

the TWL shares are the only source to which the interest expense can be applied.

In the event that his conclusion was incorrect, Teitelbaum J. made the following additional comments (at p. 268):

... the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. [The Queen]*, [1984] 1 S.C.R. 536 ... is of assistance in regard to the appropriate method of interpreting taxing statutes. Mr. Justice Estey said, at p. [578], that the taxing statute should be interpreted "with the words used therein read in their entire context and in harmony with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" ...

Therefore, since the plaintiff has claimed the allowable business investment loss he is deemed to have disposed of the Realwest shares. I believe it would be contrary to Parliament's intent to allow a taxpayer to, at one level, defer a capital gain where a disposition of property has occurred, and at another level to allow the taxpayer to bring themselves within the interest deductibility provision that requires that the source of the income continue to exist.

B. *Federal Court of Appeal* (1994), 175 N.R. 332

McDonald J.A., for the court, gave brief reasons, which I set out below:

These are appeals from a reported decision of the Trial Division (59 F.T.R. 258; 93 D.T.C. 5067) which dismissed appeals from the reassessment of the appellant's 1985 and 1986 income tax returns.

We are of the view that the learned trial judge was correct in his conclusion that the Realwest shares ceased to be a current source of income to the appellant after July 25, 1985, and that the interest expense for monies borrowed to acquire them was no longer deductible except to the extent of the value of the TWL shares for which they were exchanged. (*Bronfman (Phyllis Barbara) Trust v. Minister of National Revenue* (1987), 71 N.R. 134; 87 D.T.C. 5059 (S.C.C.)).

We are in substantial agreement with the Reasons for Judgment of the learned trial judge but would observe that the results oriented approach to interpreting the *Income Tax Act* evidenced by the following statement is

tent donc la seule source à laquelle les frais d'intérêts peuvent être affectés.

Dans l'éventualité où sa conclusion serait erronée, le juge Teitelbaum a ajouté le commentaire suivant (à la p. 268):

... la décision que la Cour suprême du Canada a récemment rendue dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine* [[1984] 1 R.C.S. 536] nous aide à déterminer la méthode qu'il convient d'employer lorsqu'il s'agit d'interpréter les lois fiscales. À la page [578], le juge Estey a dit qu'on devrait interpréter «les termes d'une loi fiscale dans leur contexte global en leur donnant un sens qui s'harmonise avec l'économie de la Loi, l'objet de la Loi et l'intention du législateur» ...

Par conséquent, puisque le demandeur a réclaté la perte déductible au titre d'un placement d'entreprise, il est réputé avoir disposé des actions de Realwest. Je crois qu'il serait contraire à l'intention du législateur de permettre au contribuable de reporter, d'une part, un gain en capital, lorsqu'il a disposé d'un bien, et de lui permettre, d'autre part, de se prévaloir de la disposition concernant la déductibilité des intérêts, selon laquelle la source de revenu doit continuer à exister.

B. *Cour d'appel fédérale* (1994), 175 N.R. 332

Le juge McDonald, au nom de la cour, a exposé les brefs motifs suivants:

Il s'agit d'appels d'une décision publiée par laquelle la Section de première instance (59 F.T.R. 258; 93 D.T.C. 5067) a rejeté les appels interjetés contre les nouvelles cotisations qui avaient été établies à l'égard des années d'imposition 1985 et 1986 de l'appelant.

Nous estimons que le savant juge de première instance a eu raison de conclure que les actions de Realwest avaient cessé d'être une source courante de revenu pour l'appelant après le 25 juillet 1985, et que les frais d'intérêts sur les sommes empruntées pour les acquérir n'étaient déductibles que jusqu'à concurrence de la valeur des actions de TWL contre lesquelles elles avaient été échangées. (*Bronfman (Phyllis Barbara) Trust v. Minister of National Revenue* (1987), 71 N.R. 134; 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.))

Nous souscrivons en bonne partie aux motifs de jugement du savant juge de première instance, mais nous aimerions faire remarquer que, pour interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il ne convient pas d'employer la

13

14

not acceptable (*Antosko v. Minister of National Revenue* (1994), 168 N.R. 16 (S.C.C.)):

Therefore, since the plaintiff has claimed the allowable business investment loss he is deemed to have disposed of the Realwest shares. I believe it would be contrary to Parliament's intent to allow a taxpayer to, at one level, defer a capital gain where a disposition of property has occurred, and at another level to allow the taxpayer to bring themselves within the interest deductibility provision that requires that the source of the income continue to exist.

The appeals will be dismissed with costs.

IV. Issue on Appeal

Is the appellant entitled by s. 20(1)(c)(i) of the Act to deduct the full amount of interest paid on the loan after disposing of the shares on July 25, 1985 pursuant to a s. 85 rollover for the 1,000 Class B shares of TWL?

V. Analysis

15 At the outset, I wish to point out that there was no evidence or suggestion before this Court of any tax evasion or improper avoidance scheme on the part of the taxpayer. This appeal involves only the question of whether the deduction of interest on the \$1,000,000 loan comes within s. 20(1)(c)(i).

16 In my opinion, s. 20(1)(c)(i) is not ambiguous. It clearly states that interest can be deducted as an expense when the interest is paid or payable in the taxation year pursuant to a legal obligation to pay interest, and when the interest is payable on money borrowed for the purpose of earning income from a business or property. The purpose of the interest deduction provision is to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income, as Dickson C.J. noted in *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 45. But for s. 20(1)(c)(i), the deduction of interest payments would be prevented by s. 18(1)(b) (*Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; some commentators suggest that *Canada Safeway* is wrongly decided; see P. W. Hogg and J. E. Magee,

méthode orientée vers les résultats dont fait foi la déclaration suivante (*Antosko v. Minister of National Revenue* (1994), 168 N.R. 16 (C.S.C.)):

Par conséquent, puisque le demandeur a réclaté la perte déductible au titre d'un placement d'entreprise, il est réputé avoir disposé des actions de Realwest. Je crois qu'il serait contraire à l'intention du législateur de permettre au contribuable de reporter, d'une part, un gain en capital, lorsqu'il a disposé d'un bien, et de lui permettre, d'autre part, de se prévaloir de la disposition concernant la déductibilité des intérêts, selon laquelle la source de revenu doit continuer à exister.

Les appels sont rejetés avec dépens.

IV. La question du pourvoi

L'appelant avait-il le droit, en vertu du sous-al. 20(1)c)(i) de la Loi, de déduire le plein montant des intérêts versés sur l'emprunt après avoir disposé des actions le 25 juillet 1985, par suite d'un transfert libre d'impôt effectué en vertu de l'art. 85, en échange des 1 000 actions de la catégorie B de TWL?

V. Analyse

Je tiens à souligner tout d'abord qu'il n'a été présenté à la Cour aucune preuve ou allévation d'évasion fiscale ou d'évitement fiscal illégal de la part du contribuable. Le présent pourvoi soulève uniquement la question de savoir si la déduction des intérêts versés sur l'emprunt de 1 000 000 \$ est permise par le sous-al. 20(1)c)(i).

À mon avis, le sous-al. 20(1)c)(i) n'est pas ambigu. Il édicte clairement que l'intérêt peut être déduit à titre de dépense lorsqu'il est payé ou payable au cours d'une année d'imposition en vertu d'une obligation légale de verser un intérêt, et lorsque l'intérêt est payable sur de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. La disposition permettant la déduction des intérêts a pour but de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables, comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 45. Sans le sous-al. 20(1)c)(i), la déduction des paiements d'intérêts serait interdite par l'al. 18(1)b) (*Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; certains

Principles of Canadian Income Tax Law (1995), at p. 221, note 36; however, I need not address that issue in these reasons).

In *Bronfman Trust*, Dickson C.J. commented on eligible and ineligible uses of borrowed money within the context of s. 20(1)(c)(i), at pp. 45-46:

Not all borrowing expenses are deductible. Interest on borrowed money used to produce tax exempt income is not deductible. Interest on borrowed money used to buy life insurance policies is not deductible. Interest on borrowings used for non-income earning purposes, such as personal consumption or the making of capital gains is similarly not deductible. The statutory deduction thus requires a characterization of the use of borrowed money as between the eligible use of earning non-exempt income from a business or property and a variety of possible ineligible uses. The onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction. Therefore, if the taxpayer commingles funds used for a variety of purposes only some of which are eligible he or she may be unable to claim the deduction

The interest deduction provision requires not only a characterization of the use of borrowed funds, but also a characterization of "purpose". Eligibility for the deduction is contingent on the use of borrowed money for the purpose of earning income. It is well-established in the jurisprudence, however, that it is not the purpose of the borrowing itself which is relevant. What is relevant, rather, is the taxpayer's purpose in using the borrowed money in a particular manner: *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (T.A.B.) Consequently, the focus of the inquiry must be centered on the use to which the taxpayer put the borrowed funds. [Emphasis in original.]

Dickson C.J. also pointed to a distinction between the original and the current use of borrowed money (at p. 47):

The cases are consistent with the proposition that it is the current use rather than the original use of borrowed funds by the taxpayer which is relevant in assessing

auteurs laissent entendre que l'arrêt *Canada Safe-way* est mal fondé, voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), à la p. 221, note 36; je n'ai toutefois pas à trancher cette question dans les présents motifs).

Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, aux pp. 45 et 46, le juge en chef Dickson a fait une distinction, aux fins de l'application du sous-al. 20(1)c)(i), entre les utilisations admissibles et les utilisations inadmissibles de l'argent emprunté, aux pp. 45 et 46:

Ce ne sont pas tous les intérêts qui sont déductibles. L'intérêt sur l'argent emprunté pour produire un revenu exempt d'impôt ne l'est pas. L'intérêt sur l'argent emprunté pour acheter des polices d'assurance-vie ne l'est pas. L'intérêt sur les emprunts utilisés à des fins non productives de revenu, telles que la consommation personnelle ou la réalisation de gains en capital, ne l'est pas non plus. La déduction prévue par la loi exige donc qu'on détermine si l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ce qui constitue une utilisation admissible, ou s'il a été affecté à quelqu'une des possibles utilisations inadmissibles. Il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction. Par conséquent, si le contribuable mélange des fonds utilisés à différentes fins, dont une partie seulement est admissible, il peut ne pas pouvoir réclamer la déduction

La disposition prévoyant la déduction des intérêts exige non seulement la détermination de l'usage auquel ont été affectés les fonds empruntés, mais aussi la détermination de la «fin». L'admissibilité à la déduction est soumise à la condition que l'argent emprunté soit utilisé pour produire un revenu. Cependant, il est bien établi par la jurisprudence que le point pertinent n'est pas la fin de l'emprunt lui-même. Ce qui est pertinent est plutôt la fin qu'a visée le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière: *Auld c. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (C.A.I.) Il s'ensuit donc que l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés. [Souligné dans l'original]

Le juge en chef Dickson a aussi fait ressortir la distinction entre l'utilisation initiale et l'utilisation actuelle de l'argent emprunté (à la p. 47):

La jurisprudence étaye la proposition selon laquelle c'est l'utilisation actuelle plutôt que l'utilisation primitive des fonds empruntés par le contribuable qu'on doit

deductibility of interest payments A taxpayer cannot continue to deduct interest payments merely because the original use of borrowed money was to purchase income-bearing assets, after he or she has sold those assets and put the proceeds of sale to an ineligible use. To permit the taxpayer to do so would result in the borrowing of funds to finance the purchase of income-earning property which could be re-sold immediately without affecting the deductibility of interest payments for an indefinite period thereafter.

Conversely, a taxpayer who uses or intends to use borrowed money for an ineligible purpose, but later uses the funds to earn non-exempt income from a business or property, ought not to be deprived of the deduction for the current, eligible use

18

Accordingly, in order to deduct interest payments, the taxpayer must establish a link between the current eligible use property, the proceeds of disposition of the original eligible use property, and the money that was borrowed to acquire the original eligible use property. On the facts of this case, in order to deduct the interest payments, the appellant must establish a link between the TWL shares he now owns, the proceeds of disposition of the original shares, and the money that was borrowed to acquire the original shares. In my view, this has been done, as both the original shares and the TWL shares are directly traceable to the loan. The respondent has argued that it is only the amount of \$1,000 that can be traced to an eligible use, and that the appellant, in disposing of his Realwest shares, did not merely alter the form of the investment, but “reduced his investment capital and therewith his income earning source to \$1,000, which was the cost of the TWL shares”.

19

With respect, this view should be rejected. Money was borrowed and used by the taxpayer in order to produce investment income, and continued to be used for this purpose even though the investment vehicle for producing the income changed. The fact that the investment has changed is not of any consequence as Dickson C.J. accepted in *Bronfman Trust*; otherwise his comments and

retenir pour déterminer si les intérêts sont déductibles [. . .] Un contribuable ne peut pas, du simple fait que l'argent emprunté a servi originellement à l'achat de biens productifs de revenu, continuer à déduire les intérêts après qu'il a vendu ces biens et qu'il a affecté le produit à une utilisation inadmissible. Permettre au contribuable d'agir ainsi aurait pour conséquence qu'on emprunterait des fonds pour financer l'achat de biens productifs de revenu, lesquels pourraient être revendus immédiatement, les intérêts restant néanmoins déductibles pendant une période indéfinie.

Inversement, un contribuable qui utilise ou qui entend utiliser de l'argent emprunté pour une fin inadmissible, mais qui s'en sert ultérieurement pour tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ne devrait pas se voir privé de la déduction à l'égard de l'utilisation actuelle, qui est admissible . . .

Par conséquent, pour déduire les intérêts versés, le contribuable doit établir un lien entre le bien dont l'utilisation actuelle est admissible, le produit de la disposition du bien dont l'utilisation initiale était admissible et l'argent qui a été emprunté pour acheter le bien dont l'utilisation initiale était admissible. En l'espèce, pour déduire les intérêts versés, l'appellant doit établir un lien entre les actions de TWL qu'il détient actuellement, le produit de la disposition des actions initiales et l'argent qui a été emprunté pour acheter les actions initiales. À mon avis, cela a été établi, étant donné que tant les actions initiales que les actions de TWL tirent directement leur origine de l'emprunt. L'intimée a allégué que seul le montant de 1 000 \$ peut être relié à une utilisation admissible et que l'appellant, en disposant de ses actions de Realwest, n'a pas seulement modifié la forme du placement, mais [TRADUCTION] «a réduit son capital de placement et avec cela sa source de production de revenu à 1 000 \$, soit le coût des actions de TWL».

Avec égards, cette opinion doit être rejetée. L'argent a été emprunté et utilisé par le contribuable afin de produire un revenu de placement, et il a continué d'être utilisé à cette fin même si le mode de placement devant servir à produire ce revenu a changé. Le fait que le moyen de placement a changé est sans conséquence, selon le point de vue retenu par le juge en chef Dickson dans l'arrêt

the examples he gave in that case make no sense. The original Realwest shares, the first source of income, were exchanged for the TWL shares, a replacement source. In a sense, the first source continued in a new form, as both the Realwest and the TWL shares are directly and fully traceable to the loan, as all the proceeds of disposition were reinvested in the second source.

To repeat, it is implicit in the principles outlined in *Bronfman Trust* that the ability to deduct interest is not lost simply because the taxpayer sells the income-producing property, as long as the taxpayer reinvests in an eligible use property. However, shares depreciate and appreciate in value, complicating the question of interest deductions. The appellant has replaced one eligible use property with another, and both are directly traceable to the same loan, as the appellant reinvested all the proceeds of disposition. The lower courts, however, would determine the amount of the appellant's interest deduction on the value of the new shares, rather than the amount of the loan. However, and I will return to this point below, pursuant to this approach, even if the new shares increase in value over time to the amount of the original loan, the amount of the interest deduction would not increase. Thus the issue to be resolved is whether the amount of the interest deduction should be determined on the basis of the amount of the original loan, or the value of the newly acquired shares; it is this question relating to s. 20(1)(c)(i) that has not been settled in the jurisprudence.

The courts below were of the view that, as the TWL shares had a fair market value of only \$1,000, then only \$1,000 of the original loan continued to be used for the purpose of earning income from property, pursuant to *Emerson v. The Queen*, 86 D.T.C. 6184 (F.C.A.). In *Emerson*, the taxpayer had borrowed \$100,000 for the purchase

Bronfman Trust; dans le cas contraire, ses commentaires et les exemples qu'il donne dans cet arrêt n'auraient aucun sens. Les actions initiales de Realwest, la première source de revenu, ont été échangées pour des actions de TWL, une source de remplacement. Dans un certain sens, la première source a continué d'exister sous une nouvelle forme, étant donné que tant les actions de Realwest que les actions de TWL sont directement et entièrement attribuables à l'emprunt et que tout le produit de la disposition a été réinvesti dans la seconde source.

En d'autres termes, les principes dégagés dans l'arrêt *Bronfman Trust* indiquent implicitement que le droit de déduire l'intérêt n'est pas perdu du simple fait que le contribuable vend le bien produisant un revenu, pourvu que le contribuable réinvestisse dans un bien dont l'utilisation est admissible. Toutefois, la valeur des actions fluctue, compliquant la question de la déductibilité des intérêts. L'appelant a remplacé un bien dont l'utilisation est admissible par un autre, et les deux sont directement attribuables au même emprunt, puisque l'appelant a réinvesti tout le produit de la disposition. Les tribunaux d'instance inférieure ont cependant calculé le montant de la déduction des intérêts de l'appelant en fonction de la valeur des nouvelles actions, plutôt que sur le montant de l'emprunt. Toutefois, et je reviendrai ultérieurement sur ce point, cette approche signifie que, même si la valeur des nouvelles actions augmentait avec le temps pour atteindre la valeur de l'emprunt initial, le montant de la déduction d'intérêts n'augmenterait pas. Par conséquent, il nous faut déterminer si le montant de la déduction d'intérêts devrait être calculé en fonction du montant de l'emprunt initial ou de la valeur des actions nouvellement acquises; c'est cette question relative au sous-al. 20(1)(c)(i) qui n'a pas été résolue dans la jurisprudence.

Les tribunaux d'instance inférieure ont jugé que, puisque les actions de TWL avaient une juste valeur marchande de seulement 1 000 \$, alors seulement 1 000 \$ de l'emprunt initial continuaient d'être utilisés aux fins de tirer un revenu d'un bien, conformément à l'arrêt *Emerson c. The Queen*, 86 D.T.C. 6184 (C.A.F.). Dans cet arrêt, le contribua-

20

21

of shares from three small corporations. He sold the shares for \$35,000 and borrowed \$63,750 to repay the original bank loan. The taxpayer was permitted to deduct the interest on the original loan, but not the interest on the second loan. The reason for this was that the source of income no longer existed. In my view, the *Emerson* case is not of any application to these facts. *Emerson* is distinguishable as the proceeds of disposition in that case were not reinvested into a second eligible use property, unlike the case at hand.

ble avait emprunté 100 000 \$ pour faire l'achat d'actions de trois petites sociétés par actions. Il a vendu les actions pour 35 000 \$ et a emprunté 63 750 \$ pour rembourser à la banque l'emprunt initial. Le contribuable a été autorisé à déduire l'intérêt versé sur l'emprunt initial, mais non l'intérêt sur le second emprunt, et ce, pour la raison que la source de revenu n'existait plus. À mon avis, l'arrêt *Emerson* ne s'applique aucunement aux faits de l'espèce. En effet, l'arrêt *Emerson* diffère en ce que le produit de la disposition dans cette affaire n'a pas été réinvesti dans un autre bien dont l'utilisation était admissible, contrairement à ce qui a été fait en l'espèce.

22 As Professor Krishna comments in "Interest Deductibility: More Form over Substance" (1993), 4 *Can. Curr. Tax C17*:

The Federal Court [in *Tennant*] looked at the direct and current use of the funds and the value of the substituted property purchased with the borrowed money. The result is this: if an investor borrows money to purchase shares, his interest expense on the borrowing remains deductible so long as he holds the shares even if they lose *all* value. If he bails out of a bad investment and purchases substitute shares, the interest will only be deductible to the extent of the *cost* of the new shares. This is so, even if the new shares increase in value to the cost of the original investment. The *Emerson* rule may be logical from a technical source perspective but it does little to promote the commercial and economic substance of the transactions. [Emphasis in original.]

Voici ce qu'en dit le professeur Krishna dans «Interest Deductibility: More Form over Substance» (1993), 4 *Can. Curr. Tax C17*:

[TRADUCTION] La Cour fédérale [dans l'arrêt *Tennant*] a considéré l'utilisation directe et actuelle des fonds et la valeur du bien substitué acquis avec l'argent emprunté, avec le résultat suivant: si un investisseur emprunte de l'argent pour acheter des actions, ses frais d'intérêt relatifs à l'emprunt demeurent déductibles tant et aussi longtemps qu'il détient les actions, même si elles perdent *toute* leur valeur. S'il se retire d'un mauvais investissement et achète des actions de remplacement, l'intérêt ne sera déductible qu'à concurrence du *coût* des nouvelles actions. Il en est ainsi même si les nouvelles actions augmentent de valeur jusqu'à égaler le coût de l'investissement initial. La règle dégagée dans l'arrêt *Emerson* est peut-être logique d'un point de vue technique relativement à la source, mais elle fait bien peu quant à la promotion de la nature économique et commerciale des opérations. [En italique dans l'original.]

23 In my opinion, the basis for an interest deduction pursuant to s. 20(1)(c)(i) is not the value of the replacement property, in this case the TWL shares, but the amount of the original loan. The wording of s. 20(1)(c)(i) itself supports this interpretation. The deduction is based on the amount of interest paid in the year, or payable in respect of the year, pursuant to a legal obligation to pay interest on that proportion of "borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property" that is "wholly applicable to that source". As long as the replacement property can be traced to the entire amount of the loan, then the

À mon avis, le fondement de la déduction des intérêts conformément au sous-al 20(1)c)(i) n'est pas la valeur du bien de remplacement, en l'espèce les actions de TWL, mais le montant de l'emprunt initial. Les termes mêmes du sous-al. 20(1)c)(i) étayaient cette interprétation. La déduction est fondée sur le montant des intérêts versés dans l'année, ou payables pour cette année, conformément à une obligation légale de verser des intérêts sur la partie «de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien» qui «se rapport[e] entièrement à cette source». Dans la mesure où le bien de remplacement est attribuable au plein

entire amount of the interest payment may be deducted. If the replacement property can be traced to only a portion of the loan, then only a proportionate amount of the interest may be deducted. Clearly, however, the amount of interest to be deducted relates to the amount of the loan, and not the value of the replacement property.

The approach taken by the courts below fails to further the purpose of s. 20(1)(c)(i), which, as noted earlier, is to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income. Consider the effect of the approach taken by the lower courts when applied to the following example. An investor is attracted by the interest deduction provision and borrows \$25,000 to purchase shares. However, the value of the shares declines significantly, and as a prudent investor, the individual sells the original shares for their current value of, for example, \$10,000. The investor then acquires new shares, worth \$10,000, with the proceeds. The taxpayer in this case is still liable for the \$25,000 loan, but, pursuant to the approach of the lower courts, can only deduct interest on the value of the new shares, \$10,000. This approach is not likely to encourage the accumulation of capital that produces taxable income, the very purpose of the interest deduction provision. Basing the allowable interest deduction on the amount of the loan, rather than the value of the replacement asset, is more in keeping with the desire to produce taxable income.

In further support of the view that the interest deduction is to be based on the amount of the loan rather than the value of the replacement property is that the latter approach introduces an irrational asymmetry. Consider the following example. A taxpayer borrows \$25,000 to purchase eligible use shares, and claims the interest deduction. The shares increase in value, and the taxpayer sells them for \$30,000, using the proceeds to purchase new shares worth \$30,000. The taxpayer would then have to claim a capital gain of \$5,000, but

montant de l'emprunt, alors le plein montant du versement des intérêts peut être déduit. Si le bien de remplacement n'est attribuable qu'à une partie de l'argent emprunté, alors seulement une partie proportionnelle des intérêts peut être déduite. Il est clair, toutefois, que le montant d'intérêt déductible se rapporte au montant de l'emprunt, et non à la valeur du bien de remplacement.

L'approche suivie par les tribunaux d'instance inférieure ne tient pas compte du but du sous-al. 20(1)(c)(i), qui, comme je l'ai dit plus haut, est de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables. Considérons l'effet qu'aurait l'approche adoptée par les juridictions inférieures dans l'exemple suivant. Un investisseur est attiré par la disposition relative à la déduction de l'intérêt et emprunte 25 000 \$ afin d'acheter des actions. Toutefois, la valeur des actions diminue de façon marquée et, par prudence, l'investisseur vend les actions initiales à leur valeur actuelle de, disons, 10 000 \$. L'investisseur achète alors, avec le produit de la vente, de nouvelles actions qui valent 10 000 \$. Le contribuable dans cet exemple est toujours redevable de l'emprunt de 25 000 \$, mais, suivant l'approche des juridictions inférieures, il peut seulement déduire l'intérêt relatif à la valeur des nouvelles actions, c'est-à-dire sur 10 000 \$. Cette approche ne favorisera probablement pas l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables, qui est le véritable but de la disposition relative à la déduction des intérêts. Fonder la déductibilité des intérêts sur le montant de l'emprunt, au lieu de la valeur du bien de remplacement, est davantage conforme au désir de produire un revenu imposable.

Il existe une raison supplémentaire de penser que la déductibilité des intérêts doit se fonder sur le montant de l'emprunt plutôt que sur la valeur du bien de remplacement: cette dernière approche crée une asymétrie irrationnelle. Prenons l'exemple suivant. Un contribuable emprunte 25 000 \$ pour acheter des actions dont l'utilisation est admissible et réclame la déduction des intérêts. La valeur des actions augmente; le contribuable les vend 30 000 \$ et utilise le produit de la disposition pour acheter de nouvelles actions qui valent

would also be entitled to deduct interest on the \$25,000 loan. Clearly, the taxpayer would not be permitted to claim an interest deduction on the value of the new shares, that is \$30,000, in excess of the amount of the loan. Where the value of the new shares exceeds the amount of the loan, the basis of the interest deduction is the loan, not the value of the new shares. Why would the basis of the interest deduction be any different simply because the original shares decline, rather than increase, in value? The value of the replacement property is in effect irrelevant to the deductibility of the interest. Consequently, to base the interest deduction on the value of the new shares is misguided, and leads to an unacceptable asymmetry in the application of s. 20(1)(c)(i), which should be avoided unless otherwise necessary. As long as the taxpayer establishes a link between the current shares, the proceeds of disposition of the original shares, and the money that was borrowed to acquire the original eligible use property, it is in keeping with the interest deduction provision to permit the taxpayer to continue to deduct the interest payments for the full amount of the original loan, regardless of the value or cost of the newly acquired shares. Of course, where the taxpayer reinvests only a portion of the proceeds of disposition of the original eligible use property, then interest can only be deducted for the relevant portion of the loan.

30 000 \$. Le contribuable devrait alors déclarer un gain en capital de 5 000 \$, mais aurait aussi le droit de déduire les intérêts sur l'emprunt de 25 000 \$. Il est clair que, le contribuable n'aurait pas le droit de réclamer la déduction des intérêts en rapport avec la valeur des nouvelles actions, soit 30 000 \$, qui dépasserait alors le montant de l'emprunt. Lorsque la valeur des nouvelles actions dépasse le montant du prêt, le fondement de la déduction des intérêts, c'est le prêt, non la valeur des nouvelles actions. Pourquoi le fondement de la déduction des intérêts serait-il différent simplement parce que les actions initiales ont perdu de la valeur, plutôt que d'en gagner? La valeur du bien de remplacement est en réalité dénuée de pertinence en matière de déductibilité des intérêts. Par conséquent, fonder la déduction des intérêts sur la valeur des nouvelles actions n'est pas judicieux et mène à une asymétrie inacceptable dans l'application du sous-al. 20(1)c)(i), asymétrie qui devrait être évitée, à moins qu'elle ne soit nécessaire par ailleurs. Dans la mesure où le contribuable établit un lien entre les actions actuelles, le produit de la disposition des actions initiales et l'argent qui a été emprunté pour acheter le bien initial dont l'utilisation était admissible, il est conforme à la disposition relative à la déductibilité de l'intérêt de permettre au contribuable de continuer de déduire le versement des intérêts quant au plein montant de l'emprunt initial, quelle que soit la valeur ou le coût des actions nouvellement acquises. Évidemment, si le contribuable réinvestit seulement une partie du produit de la disposition du bien initial dont l'utilisation était admissible, alors les intérêts ne peuvent être déduits que pour la partie pertinente de l'emprunt.

26

Further, the approach taken by the courts below in the instant appeal fails to reflect the economic reality of the situation. The appellant in this case has reinvested all the proceeds of disposition of the Realwest shares into the purchase of the TWL shares, and both these transactions are directly traceable to the original loan. As Dickson C.J. stated in *Bronfman Trust*, at pp. 52-53, courts should strive to focus on the economic realities of a transaction, rather than juristic classifications:

Par ailleurs, l'approche adoptée par les juridictions inférieures en l'espèce ne tient pas compte de la réalité économique de la situation: l'appelant a réinvesti tout le produit de la vente des actions de Realwest dans l'achat des actions de TWL, et les deux opérations sont directement attribuables à l'emprunt initial. Comme le juge en chef Dickson l'a dit dans l'arrêt *Bronfman Trust*, aux pp. 52 et 53, les tribunaux devraient mettre l'accent sur les réalités économiques des opérations, plutôt que sur des classifications juridiques:

I acknowledge, however, that just as there has been a recent trend away from strict construction of taxation statutes (see *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at pp. 573-79, and *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-15), so too has the recent trend in tax cases been towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions

This is, I believe, a laudable trend provided it is consistent with the text and purposes of the taxation statute. Assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

Finally, I am in agreement with the Court of Appeal's finding that the trial judge's consideration of capital gains and loss issues in the context of s. 20(1)(c)(i) is an unacceptable, results-oriented approach. I note the comments of Professor Krishna, *supra*, at p. C18, in this regard:

The loss on the disposition of the original shares was a real economic loss of the capital value of the shares. The capital loss would have occurred even if the shares had been purchased for cash. The interest cost of the original borrowing continued regardless of the taxpayer's capital loss. The two costs, capital and interest, are clearly distinct and the taxpayer's utilization of the capital loss provisions should not bear on the deductibility of his current interest expense that results from *financing* the capital purchase of the shares. [Emphasis in original.]

VI. Conclusion and Disposition

It is my conclusion that the interest on the loan remained qualified for a deduction under s. 20(1)(c)(i) after the exchange of the Realwest shares for the TWL shares, and that the taxpayer is entitled to deduct the full amount of the interest on the loan for the taxation years 1985 and 1986. The

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales (voir *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, aux pp. 573 à 579 et *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux pp. 214 et 215), de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi fiscale. Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

Enfin, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'examen effectué par le juge de première instance relativement aux questions de gains et pertes en capital dans le contexte du sous-al. 20(1)(c)(i) se fonde sur une méthode orientée vers les résultats qui est inacceptable. Je note à cet égard les commentaires du professeur Krishna, précité, à la p. C18:

[TRADUCTION] La perte résultant de la disposition des actions initiales était une perte économique réelle quant à la valeur en capital des actions. La perte en capital serait survenue même si les actions avaient été achetées avec de l'argent comptant. Les frais d'intérêt de l'emprunt initial ont continué en dépit de la perte en capital subie par le contribuable. Les deux coûts, la perte en capital et les frais d'intérêts, sont clairement distincts et l'utilisation par le contribuable des dispositions relatives aux pertes en capital ne devrait pas avoir d'incidence sur la déductibilité de ses frais d'intérêt actuels qui proviennent du *financement* de l'acquisition d'un capital sous forme d'actions. [En italique dans l'original.]

VI. Conclusion et dispositif

Je conclus que les intérêts sur l'emprunt demeureraient admissibles à la déduction prévue par le sous-al. 20(1)(c)(i) après l'échange des actions de Realwest pour les actions de TWL, et que le contribuable a droit de déduire le plein montant des intérêts sur l'emprunt pour les années d'imposition

proceeds of the disposition of the Realwest shares were used in their entirety to acquire the TWL shares. Both transactions are directly traceable to the loan. The extent of the interest deduction should be based on the amount of the loan, not the value or cost of the replacement property.

1985 et 1986. Le produit de la vente des actions de Realwest a été utilisé entièrement pour acheter les actions de TWL. Les deux opérations sont directement attribuables à l'emprunt. Le montant de la déduction des intérêts devrait être fondé sur le montant de l'emprunt, et non sur la valeur ou le coût du bien de remplacement.

29

Accordingly, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and the reassessments for the taxpayer's 1985 and 1986 taxation years, and remit the matter back to the Minister of National Revenue for reassessment in conformity with these reasons.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et les avis de nouvelle cotisation établis à l'égard du contribuable pour ses années d'imposition 1985 et 1986, et de renvoyer l'affaire au ministre du Revenu national afin qu'il établisse un nouvel avis de cotisation en conformité avec les présents motifs.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Thorsteinssons, Vancouver.

Procureurs de l'appelant: Thorsteinssons, Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Royal Bank of Canada *Appellant*

v.

**North American Life Assurance Company
and Balvir Singh Ramgotra** *Respondents*

INDEXED AS: ROYAL BANK OF CANADA v. NORTH
AMERICAN LIFE ASSURANCE CO.

File No.: 24316.

1995: November 8; 1996: February 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Bankruptcy — Settlement of funds — RRSP transferred in good faith to RRIF (insurance annuity) for benefit of third party — Settlements made up to five years prior to bankruptcy void against trustee in bankruptcy if interest of settlor in property did not pass on settlement — RRIFs normally exempt from claims of bankrupt's creditors — Bankruptcy declared within five years of transfer — Whether transfer to RRIF a settlement — If so, whether or not settlement void against trustee in bankruptcy — If so, whether or not funds in RRIF available to satisfy claims of creditors notwithstanding exempt status of RRIF — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67, 91 — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, ss. 2(kk), 158.

In June 1990, respondent Ramgotra transferred the funds from his RRSPs into a RRIF managed by respondent insurance company. His wife was designated beneficiary under the RRIF and payments began that August. Circumstances related to relocation of respondent's medical practice led him to make an assignment into bankruptcy in February 1992. On his absolute discharge from bankruptcy in January 1993, his only assets were his clothing and household contents, and the RRIF. While the RRSPs would have been subject to his creditors' claims, the RRIF constituted a life insurance annuity and was therefore exempt from their claims on the basis of s. 67(1)(b) (property divisible among creditors on bankruptcy does not include property exempt from seizure under provincial law) of the *Bankruptcy and*

Banque Royale du Canada *Appelante*

c.

**La Nord-Américaine, compagnie
d'assurance-vie et Balvir Singh
Ramgotra** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: BANQUE ROYALE DU CANADA c. NORD-AMÉRICAINNE, CIE D'ASSURANCE-VIE

N° du greffe: 24316.

1995: 8 novembre; 1996: 22 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Faillite — Disposition de fonds — REER transférés de bonne foi dans un FERR (rente d'assurance) au profit d'un tiers — Inopposabilité au syndic des dispositions faites au cours des cinq ans qui précèdent la faillite si les intérêts du disposant dans les biens n'ont pas cessé lorsque fut faite la disposition — FERR normalement à l'abri des réclamations des créanciers de la faillite — Cession de biens dans les cinq ans du transfert — Le transfert dans le FERR est-il une disposition? — Dans l'affirmative, la disposition est-elle inopposable au syndic? — Si oui, les fonds du FERR peuvent-ils servir à régler les réclamations des créanciers en dépit de l'exemption dont bénéficie le FERR? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67, 91 — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-26, art. 2kk), 158.

En juin 1990, l'intimé Ramgotra a transféré les fonds de ses REER dans un FERR géré par la compagnie d'assurance intimée. Son épouse a été désignée bénéficiaire du FERR et les paiements ont commencé en août de la même année. Par suite d'événements liés à l'exercice de sa profession de médecin, l'intimé a fait cession de ses biens en février 1992. Lorsqu'il a obtenu sa libération absolue, en janvier 1993, il n'a conservé pour tous biens que ses vêtements, le contenu de sa maison et le FERR. Alors que les REER auraient été touchés par les réclamations de ses créanciers, le FERR, parce qu'il constituait une rente d'assurance-vie, était à l'abri de leurs réclamations par l'effet conjugué de l'al. 67(1)(b) (les biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers ne comprennent pas les biens qui sont exempts de saisie

Insolvency Act (BIA), when read in conjunction with ss. 2(kk)(vii) (life insurance includes annuities) and 158(2) (life insurance money and contract is exempt from seizure where a spouse is designated beneficiary) of *The Saskatchewan Insurance Act*. The trustee in bankruptcy applied for a declaration that the transfer of the RRSP funds into the RRIF was void, pursuant to s. 91(2) of the *BIA*, which declares, in part, that "settlements" made one to five years prior to bankruptcy are void against the trustee if "the interest of the settlor in the property did not pass" upon settlement. The trustee's application was dismissed at trial because the transfer of the RRSP funds into the RRIF had been made in good faith and not for the purpose of defeating the claims of his creditors. Appellant's appeal to the Saskatchewan Court of Appeal was dismissed. The issues here were: (1) whether the transaction was a settlement within the meaning of s. 91 *BIA*; (2) if so, whether the settlement was void against the trustee in bankruptcy under the second branch of s. 91(2); and, (3) if so, whether the funds in the RRIF were available to satisfy the claims of the creditors despite the RRIF's exempt status under s. 67(1)(b).

Held: The appeal should be dismissed.

When respondent Ramgotra transferred the funds from his two RRSPs into an RRIF designating his wife as beneficiary, the funds became exempt from execution or seizure by reason of s. 67(1)(b) *BIA*, when read in conjunction with ss. 2(kk)(vii) and 158(2) of *The Saskatchewan Insurance Act*. Even if the beneficiary designation was a settlement within s. 91 *BIA*, and was void against the trustee in bankruptcy pursuant to the second branch of s. 91(2), the RRIF remained exempt from the claims of respondent Ramgotra's creditors and, in particular, the appellant.

Jurisprudential consensus has emerged that the designation of a beneficiary under a life insurance policy constitutes a s. 91 settlement. Respondent Ramgotra effected a settlement triggering s. 91.

Sections 67(1)(b) and 91 *BIA* are not in conflict. The two provisions can be reconciled by giving effect to their distinct terms, and by recognizing their distinct roles in bankruptcy. Section 91 dictates that certain settled property will fall back into the estate of the bankrupt in the possession of the trustee, while s. 67 is

sous le régime de lois provinciales) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* ainsi que du sous-al. 2kk(vii) (assurance-vie s'entend également d'une rente) et du par. 158(2) (les sommes assurées et le contrat d'assurance-vie sont exempts de saisie lorsque le conjoint est désigné bénéficiaire) de *The Saskatchewan Insurance Act*. Le syndic a demandé un jugement déclaratoire portant que, en vertu du par. 91(2) *LFI*, le transfert des fonds des REER dans le FERR était nul. Ce paragraphe énonce notamment que sont inopposables au syndic les «dispositions» de biens faites au cours des cinq ans qui précèdent la faillite si «les intérêts du disposant dans ces biens n'ont pas cessé» lorsque fut faite la disposition. Au procès, la demande du syndic a été rejetée pour le motif que l'intimé avait agi de bonne foi en transférant les fonds des REER dans le FERR et non dans le but de frustrer les réclamations de ses créanciers. L'appel à la Cour d'appel de la Saskatchewan interjeté par l'appelante a lui aussi été rejeté. Les questions en litige sont les suivantes: (1) L'opération est-elle une disposition au sens de l'art. 91 *LFI*? (2) Dans l'affirmative, la disposition est-elle inopposable au syndic en vertu du second volet du par. 91(2)? (3) Si oui, les fonds du FERR peuvent-ils servir à régler les réclamations des créanciers en dépit de l'exemption dont bénéficie le FERR en vertu de l'al. 67(1)(b)?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Lorsque l'intimé Ramgotra a transféré les fonds de ses deux REER dans un FERR dont son épouse a été désignée bénéficiaire, ces sommes sont devenues exemptes d'exécution ou de saisie par l'effet conjugué de l'al. 67(1)(b) *LFI* ainsi que du sous-al. 2kk(vii) et du par. 158(2) de *The Saskatchewan Insurance Act*. Même si la désignation d'un bénéficiaire était une disposition au sens de l'art. 91 *LFI*, et qu'elle était inopposable au syndic conformément au second volet du par. 91(2) *LFI*, le FERR est demeuré à l'abri des réclamations des créanciers de l'intimé Ramgotra et, en particulier, de celle de l'appelante.

Il s'est établi, dans la jurisprudence, un consensus que la désignation d'un bénéficiaire aux termes d'une police d'assurance constitue une disposition au sens de l'art. 91. L'intimé Ramgotra a fait une disposition qui a déclenché l'application de l'art. 91.

Il n'y a pas incompatibilité entre l'al. 67(1)(b) et l'art. 91 *LFI*. Il est possible de concilier les deux articles en donnant effet à leur texte respectif et en reconnaissant les rôles distincts qu'ils jouent en matière de faillite. Alors que l'art. 91 indique que certains biens ayant fait l'objet d'une disposition reviennent dans le patrimoine

directed at the exercise of administrative powers over the estate by the trustee. Where a settlement is void against the trustee under s. 91, then in normal circumstances, the trustee is empowered to administer the settled asset and use it to satisfy the claims of creditors. However, in the special case where the asset is exempt under s. 67(1)(b), then the trustee is prohibited from exercising his or her distribution powers because the asset is not subject to division among creditors.

Respondent Ramgotra's property interest in the RRIF passed to and vested in the trustee in bankruptcy by operation of s. 71(2) *BIA*. The future contingent interest of the designated beneficiary under the RRIF was not captured by s. 71(2), since it had been settled on the designated beneficiary prior to bankruptcy. The trustee in bankruptcy could apply to have this settlement set aside under s. 91(2) *BIA*.

The effect of s. 91 is to render certain settlements void against the trustee in bankruptcy. A life insurance policy, however, is rendered exempt under s. 67(1)(b) by the designation of a beneficiary and this status continues so long as the designation is "in effect" according to s. 158(2) of *The Saskatchewan Insurance Act*. The fact that a beneficiary designation is void against the trustee under federal legislation does not necessarily result in its no longer having effect *vis-à-vis* the claims of creditors under the provincial legislation which s. 67(1)(b) incorporates.

It was not necessary to decide whether respondent Ramgotra effected a void settlement under the second branch of s. 91(2) when he designated his wife as beneficiary of his RRIF. Even if the settlement were void against the trustee in bankruptcy, that would not allow the trustee to use the funds in the RRIF to satisfy the claims of creditors such as the appellant bank. The RRIF is an exempt asset pursuant to the provincial legislation incorporated into s. 67(1)(b): it is not property which is divisible among creditors. Given this, even if Mrs. Ramgotra's future contingent interest in the RRIF had passed into the possession of the trustee through the application of s. 91(2), the RRIF was property "incapable of realization" by the trustee pursuant to s. 40(1) *BIA*. Therefore, the trustee was obliged to return it to respondent Ramgotra prior to applying for his discharge. Regardless of whether or not respondent Ramgotra's settlement was void against the trustee, the

du failli en la possession du syndic, l'art. 67 porte sur les pouvoirs de nature administrative exercés par ce dernier sur le patrimoine. Lorsque, en vertu de l'art. 91, une disposition est inopposable au syndic, celui-ci est, dans des circonstances normales, habilité à administrer le bien ayant fait l'objet de la disposition et à l'appliquer au règlement des réclamations des créanciers. Cependant, dans les cas particuliers où il s'agit d'un bien exempt en vertu de l'al. 67(1)(b), le syndic ne peut alors exercer ses pouvoirs de distribution car le bien ne fait pas partie du patrimoine attribué aux créanciers.

L'intérêt de propriété de l'intimé Ramgotra dans le FERR est passé et a été dévolu au syndic en application du par. 71(2) *LFI*. L'intérêt futur et éventuel de la bénéficiaire désignée aux termes du FERR n'est pas tombé dans le champ d'application du par. 71(2), puisque la disposition de ce bien en faveur de la bénéficiaire désignée avait eu lieu avant la faillite. Il était loisible au syndic de demander l'annulation de cette disposition en vertu du par. 91(2) *LFI*.

L'article 91 a pour effet de rendre certaines dispositions inopposables au syndic. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une police d'assurance-vie, c'est la désignation d'un bénéficiaire qui la rend exempte en vertu de l'al. 67(1)(b). Aux termes du par. 158(2) de *The Saskatchewan Insurance Act*, la police d'assurance-vie conserve sa qualité de bien exempt tant que la désignation est «en vigueur». Le fait qu'une désignation de bénéficiaire soit inopposable au syndic en vertu de la loi fédérale n'a pas nécessairement pour effet de rendre cette désignation inopérante à l'égard des réclamations des créanciers sous le régime des lois provinciales pertinentes incorporées par l'al. 67(1)(b).

Il n'est pas nécessaire de décider si l'intimé Ramgotra a fait une disposition inopposable visée par le second volet du par. 91(2) lorsqu'il a désigné son épouse à titre de bénéficiaire de son FERR. Même si la disposition était inopposable au syndic, cela n'autorisait pas ce dernier à utiliser les fonds du FERR pour régler les réclamations des créanciers telle la banque appelante. Le FERR est un bien exempt aux termes des lois provinciales incorporées par l'al. 67(1)(b), c'est-à-dire qu'il ne fait pas partie des biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers. Pour cette raison, même si l'intérêt futur et éventuel de M^{me} Ramgotra dans le FERR était passé en la possession du syndic par l'application du par. 91(2), le FERR était un bien «non réalisable» par le syndic aux termes du par. 40(1) *LFI*. Par conséquent, le syndic était tenu, avant de demander sa libération, de retourner ce bien à l'intimé Ramgotra. Peu importe que la disposition faite par l'intimé Ramgotra soit ou non

exempt status of the RRIF is an absolute bar to the appellant's claim.

Whether a settlor has acted in good faith or for the purpose of defeating creditors is not relevant to the question of whether a settlement has been made within s. 91. In contrast, however, a settlor's intention is highly relevant where a settlement is being challenged under provincial fraud legislation. It was not necessary to determine if a life insurance beneficiary designation can be set aside as a fraudulent conveyance of property. The provincial fraud provisions are clearly remedial in nature and should be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of their objects. There is a strong case for concluding that a life insurance beneficiary designation is both a "juridical act" and a "disposition" or "conveyance" of "property".

The *Statute of Elizabeth*, assuming without deciding that it remains in force, would allow creditors to challenge fraudulent conveyances, including life insurance beneficiary designations, without having to prove that, at the time of the conveyance, the debtor was insolvent, was unable to pay his or her debts in full, or knew that he or she was on the eve of insolvency.

Cases Cited

Applied: *Re Bozanich*, [1942] S.C.R. 130; **considered:** *Re Wozniuk* (1987), 76 A.R. 42; *Re Geraci* (1970), 14 C.B.R. (N.S.) 253, rev'g (1969), 13 C.B.R. (N.S.) 86; *Re Sykes* (1993), 18 C.B.R. (3d) 148; *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44; *Nicholson v. Milne* (1989), 74 C.B.R. (N.S.) 263; **disapproved:** *Wilson v. Doane Raymond Ltd.* (1988), 69 C.B.R. (N.S.) 156; *Re Yewdale* (1995), 30 C.B.R. (3d) 194; **referred to:** *Royal Bank v. Oliver* (1992), 11 C.B.R. (3d) 82; *In re Lowndes; Ex parte Trustee* (1887), 18 Q.B.D. 677; *Shrager v. March*, [1908] A.C. 402; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *M.N.R. v. Anthony* (1995), 124 D.L.R. (4th) 575; *Re Malloy* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 308; *Alberta Treasury Branches v. Guimond* (1987), 70 C.B.R. (N.S.) 125; *Camgoz (Trustee of) v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 131, aff'd (1988), 72 C.B.R. (N.S.) 319; *Klassen (Trustee of) v. Great West Life Assurance Co.* (1990), 1 C.B.R. (3d) 263; *Re Douyon* (1982), 134 D.L.R. (3d) 324; *Re MacDonald*

inopposable au syndic, la qualité de bien exempt du FERR est un obstacle insurmontable à la réclamation de l'appelante.

La question de savoir si un disposant a agi de bonne foi ou dans le but de frustrer ses créanciers n'est pas pertinente pour déterminer s'il y a eu disposition au sens de l'art. 91. En revanche, l'intention du disposant est éminemment pertinente lorsqu'une disposition est contestée en vertu des lois provinciales en matière de fraude. Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il est possible de faire annuler, en tant que transfert frauduleux de biens, la désignation d'un bénéficiaire d'une assurance-vie. Les dispositions législatives provinciales en matière de fraude visent manifestement à créer un recours, et elles devraient donc recevoir une interprétation équitable, large et libérale qui favorise la réalisation de leur objet. Il y a de bonnes raisons de conclure que la désignation d'un bénéficiaire d'une assurance-vie est à la fois un «acte juridique» et une «aliénation» ou un «transfert» de «biens».

À supposer — sans en décider — que le *Statute of Elizabeth* soit toujours en vigueur, ce texte permettrait aux créanciers de contester des transferts frauduleux, y compris la désignation du bénéficiaire d'une assurance-vie, sans avoir à prouver que, au moment où ceux-ci ont été effectués, le débiteur était insolvable ou incapable de payer la totalité de ses dettes, ou encore qu'il se savait sur le point d'être insolvable.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Re Bozanich*, [1942] R.C.S. 130; **arrêts examinés:** *Re Wozniuk* (1987), 76 A.R. 42; *Re Geraci* (1970), 14 C.B.R. (N.S.) 253, inf. (1969), 13 C.B.R. (N.S.) 86; *Re Sykes* (1993), 18 C.B.R. (3d) 148; *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44; *Nicholson c. Milne* (1989), 74 C.B.R. (N.S.) 263; **arrêts critiqués:** *Wilson c. Doane Raymond Ltd.* (1988), 69 C.B.R. (N.S.) 156; *Re Yewdale* (1995), 30 C.B.R. (3d) 194; **arrêts mentionnés:** *Royal Bank c. Oliver* (1992), 11 C.B.R. (3d) 82; *In re Lowndes; Ex parte Trustee* (1887), 18 Q.B.D. 677; *Shrager c. March*, [1908] A.C. 402; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *M.N.R. c. Anthony* (1995), 124 D.L.R. (4th) 575; *Re Malloy* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 308; *Alberta Treasury Branches c. Guimond* (1987), 70 C.B.R. (N.S.) 125; *Camgoz (Trustee of) c. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 131, conf. par (1988), 72 C.B.R. (N.S.) 319; *Klassen (Trustee of) c. Great West Life Assurance Co.* (1990), 1 C.B.R. (3d) 263; *Re Douyon* (1982), 134 D.L.R. (3d) 324; *Re*

(1991), 21 C.B.R. (3d) 211; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Meltzer* (1991), 6 C.B.R. (3d) 1; *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765; *Thompson v. Coulombe* (1984), 54 C.B.R. (N.S.) 254; *Zemlak (Trustee of) v. Zemlak* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 1; *Sovereign General Insurance Co. v. Dale* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 226; *Technurbe Building Construction Ltd. v. McKinley* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 106.

Statutes and Regulations Cited

Acte agaynst fraudulent Deedes Gyftes Alienations, &c. (Statute of Elizabeth), 1571 (Eng.), 13 Eliz. 1, c. 5.
Assignments and Preferences Act, R.S.N.B. 1973, c. A-16, s. 2.
Assignments and Preferences Act, R.S.N.S. 1989, c. 25, s. 4.
Assignments and Preferences Act, R.S.O. 1990, c. A.33, s. 4(1).
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2 "settlement" [am. S.C. 1992, c. 27, s. 3(2)], 16(3), 17, 18, 19, 24, 30(1)(a), (b), (c), (j), 40(1), 43(1), 49(1), 67(1) [rep. & sub. *idem* s. 33] (a), (b), (c), (d), 68 [*idem* s. 34], 71(2), 72(1), 91(1), (2), 3(b), 94, 98(1), 99, 158(a).
Bankruptcy Rules, C.R.C. 1978, c. 368, r. 89.
Civil Code of Québec, art. 1631 ("Paulian Action").
Exemptions Act, R.S.S. 1978, c. E-14, s. 2.
Frauds on Creditors Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15, s. 2.
Fraudulent Conveyance Act, R.S.B.C. 1979, c. 142, s. 1.
Fraudulent Conveyances Act, R.S.M. 1987, c. F160, s. 2.
Fraudulent Conveyances Act, R.S.N. 1990, c. F-24, s. 3.
Fraudulent Conveyances Act, R.S.O. 1990, c. F.29, s. 2.
Fraudulent Preference Act, R.S.B.C. 1979, c. 143, s. 3.
Fraudulent Preferences Act, R.S.A. 1980, c. F-18, s. 2.
Fraudulent Preferences and Conveyances Act, R.S.Y. 1986, c. 72, s. 2.
Insurance Act, R.S.A. 1980, c. I-5, s. 265.
Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 200, s. 147.
Insurance Act, R.S.O. 1960, c. 190, s. 162(2) (now R.S.O. 1990, c. I.8, s. 196(2)).
Interpretation Act, 1993, S.S. 1993, c. I-11.1, s. 10.
Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, c. S-17.1, s. 65

MacDonald (1991), 21 C.B.R. (3d) 211; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Meltzer* (1991), 6 C.B.R. (3d) 1; *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765; *Thompson c. Coulombe* (1984), 54 C.B.R. (N.S.) 254; *Zemlak (Trustee of) c. Zemlak* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 1; *Sovereign General Insurance Co. c. Dale* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 226; *Technurbe Building Construction Ltd. c. McKinley* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 106.

Lois et règlements cités

Acte agaynst fraudulent Deedes Gyftes Alienations, &c. (Statute of Elizabeth), 1571 (Ang.), 13 Eliz. 1, ch. 5.
Assignments and Preferences Act, R.S.N.S. 1989, ch. 25, art. 4.
Code civil du Québec, art. 1631 («action en inopposabilité».)
Exemptions Act, R.S.S. 1978, ch. E-14, art. 2.
Frauds on Creditors Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-15, art. 2.
Fraudulent Conveyance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 142, art. 1.
Fraudulent Conveyances Act, R.S.N. 1990, ch. F-24, art. 3.
Fraudulent Preference Act, R.S.B.C. 1979, ch. 143, art. 3.
Fraudulent Preferences Act, R.S.A. 1980, ch. F-18, art. 2.
Fraudulent Preferences Act, R.S.S. 1978, ch. F-21, art. 3.
Insurance Act, R.S.A. 1980, ch. I-5, art. 265.
Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 200, art. 147.
Insurance Act, R.S.O. 1960, ch. 190, art. 162(2) (maintenant L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 196(2)).
Interpretation Act, 1993, S.S. 1993, ch. I-11.1, art. 10.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2 «disposition» [mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 3(2)], 16(3), 17, 18, 19, 24, 30(1)(a), (b), (c), (j), 40(1), 43(1), 49(1), 67(1) [abr. & rempl. *idem* art. 33], (a), (b), (c), (d), 68 [*idem* art. 34], 71(2), 72(1), 91(1) [*idem* art. 40], (2), 3(b), 94, 98(1), 99, 158(a).
Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers, L.R.O. 1990, ch. F.29, art. 2.
Loi sur les cessions et préférences, L.R.O. 1990, ch. A.33, par. 4(1).
Loi sur les cessions et préférences, S.R.N.-B. 1973, ch. A-16, art. 2.
Loi sur les préférences et les transferts frauduleux, L.R.Y. 1986, ch. 72, art. 2.
Loi sur les transferts frauduleux de biens, L.R.M. 1987, ch. F160, art. 2.
Règles régissant la faillite, C.R.C. 1978, ch. 368, art. 89.

Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, ss. 2(kk)(i), (ii), (iii), (iv), (vii), 158(1), (2).

Saskatchewan Farm Security Act, S.S. 1988-89, ch. S-17.1, art. 65.

Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-26, art. 2kk)(i), (ii), (iii), (iv), (vii), 158(1), (2).

Authors Cited

- Caplan, Lisa H. Kerbel. Case Comment (1994), 26 C.B.R. (3d) 252.
- Cuming, R. C. C. "Section 91 (Settlements) of the Bankruptcy and Insolvency Act: A Mutated Monster" (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 235.
- Dunlop, Charles Richard Bentley. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Houlden, Lloyd W. "Life Insurance Contracts in Ontario" (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 113.
- McCabe, Michael J. "Execution Against an R.R.S.P." (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 218.
- McKee, David J. "Debtor-Creditor Issues Affecting Annuity Contracts" (1993), 12 *Est. & Tr. J.* 247.
- Norwood, David, and John P. Weir. *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1994), 26 C.B.R. (3d) 1, 120 Sask. R. 277, 68 W.A.C. 277, 115 D.L.R. (4th) 536, [1994] 8 W.W.R. 26, [1994] I.L.R. ¶ 1-3089, dismissing an appeal from a judgment of Baynton J. (1993), 18 C.B.R. (3d) 1, 108 Sask. R. 257. Appeal dismissed.

Robert G. Kennedy and Ian A. Sutherland, for the appellant.

Gary A. Meschishnick and Eric M. Singer, for the respondent North American Life Assurance Co.

Robert D. Jackson, for the respondent Balvir Singh Ramgotra.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I. Issue

This case raises an important and controversial issue concerning the interpretation of ss. 67(1)(b)

Doctrine citée

- Caplan, Lisa H. Kerbel. Case Comment (1994), 26 C.B.R. (3d) 252.
- Cuming, R. C. C. «Section 91 (Settlements) of the Bankruptcy and Insolvency Act: A Mutated Monster» (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 235.
- Dunlop, Charles Richard Bentley. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Houlden, Lloyd W. «Life Insurance Contracts in Ontario» (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 113.
- McCabe, Michael J. «Execution Against an R.R.S.P.» (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 218.
- McKee, David J. «Debtor-Creditor Issues Affecting Annuity Contracts» (1993), 12 *Est. & Tr. J.* 247.
- Norwood, David, and John P. Weir. *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1994), 26 C.B.R. (3d) 1, 120 Sask. R. 277, 68 W.A.C. 277, 115 D.L.R. (4th) 536, [1994] 8 W.W.R. 26, [1994] I.L.R. ¶ 1-3089, qui a rejeté l'appel formé contre la décision du juge Baynton (1993), 18 C.B.R. (3d) 1, 108 Sask. R. 257. Pourvoi rejeté.

Robert G. Kennedy et Ian A. Sutherland, pour l'appelante.

Gary A. Meschishnick et Eric M. Singer, pour l'intimée la Nord-Américaine, compagnie d'assurance-vie.

Robert D. Jackson, pour l'intimé Balvir Singh Ramgotra.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. La question en litige

Le présent pourvoi soulève une question importante et controversée relativement à l'interprétation

and 91 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, as amended (hereinafter "*BIA*"): Where a bankrupt has transferred registered retirement savings plan (RRSP) funds into a registered retirement income fund (RRIF) within the five years preceding bankruptcy, and where the RRIF is exempt from the claims of creditors under provincial legislation incorporated into the *BIA* by s. 67(1)(b), may a creditor set aside the transfer as a s. 91 "settlement", and thereby get at the RRIF despite its exempt status?

II. Factual Background

The respondent Ramgotra is a medical doctor who practised from 1971 to 1991 in Saskatoon, Saskatchewan. During this period, as a self-employed doctor responsible for his own retirement planning, he built up savings and investments, including two RRSPs. In May 1989, he became an associate at a Saskatoon medical clinic; but his share of the clinic expenses proved higher than expected. As a result, in February 1990, he opened his own practice. Unfortunately, the practice was not as successful as Dr. Ramgotra had hoped, partly because of a slow patient load, but also because Dr. Ramgotra suffers from insulin dependent diabetes and was required to reduce his work hours in response to his medical condition.

In June 1990, at the suggestion of a financial adviser, Dr. Ramgotra transferred the funds from his two RRSPs into an RRIF under which his wife was designated as beneficiary. The RRIF was to provide Dr. Ramgotra with a gross monthly income of \$1,066.20, and these payments commenced in August 1990. The respondent North American Life Assurance Company is the financial institution responsible for the management of the RRIF.

Ten months later, in May 1991, Dr. Ramgotra applied for and obtained a position as permanent physician with the Town of Dinsmore, Saskatchewan. He then attempted to negotiate with his landlord in Saskatoon in order to terminate the com-

de l'al. 67(1)b) et de l'art. 91 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et ses modifications, (ci-après la «*LFI*»). Voici cette question: Si un failli a transféré des fonds d'un régime enregistré d'épargne-retraite (REER) dans un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) au cours des cinq années précédant la faillite, et que le FERR est exempt des réclamations des créanciers en vertu de mesures législatives provinciales incorporées à la *LFI* par l'al. 67(1)b), un créancier peut-il faire annuler ce transfert pour le motif qu'il s'agit d'une «disposition» visée par l'art. 91, et, ainsi, avoir accès au FERR malgré l'exemption dont bénéficie ce bien?

II. Les faits

L'intimé, Ramgotra, est médecin, et il a exercé sa profession à Saskatoon, en Saskatchewan, de 1971 à 1991. Durant cette période, en tant que travailleur indépendant responsable de la planification financière de sa retraite, il a épargné et fait des placements, notamment en établissant deux REER. En mai 1989, il s'est associé à une clinique médicale de Saskatoon. Toutefois, comme sa part des dépenses de la clinique s'est révélée plus élevée que prévu, il a ouvert son propre cabinet en février 1990. Malheureusement, cette décision a été moins fructueuse qu'il avait espéré, en partie en raison d'une faible clientèle, mais également en raison du fait que, comme il est diabétique et doit être traité à l'insuline, il a dû réduire ses heures de travail.

En juin 1990, à la suggestion d'un conseiller financier, le Dr Ramgotra a transféré les fonds de ses deux REER dans un FERR dont son épouse a été désignée bénéficiaire. Le FERR devait rapporter au Dr Ramgotra un revenu mensuel brut de 1 066,20 \$. Ces paiements ont commencé en août 1990. L'autre partie intimée, la Nord-américaine, compagnie d'assurance-vie, est l'institution financière chargée de la gestion du FERR.

Dix mois plus tard, soit en mai 1991, le Dr Ramgotra a postulé avec succès un poste permanent de médecin auprès de la ville de Dinsmore en Saskatchewan. Il a alors tenté de négocier avec le propriétaire de l'immeuble où il avait son cabinet à

2

3

4

mercial lease for his practice there. These negotiations were unsuccessful, and the landlord obtained a judgment against Dr. Ramgotra for approximately \$30,000. This event led Dr. Ramgotra to make an assignment into bankruptcy in February 1992. When he received an absolute discharge from bankruptcy in January 1993, the only assets which he retained were his clothing and household contents, and the RRIF.

5 While Dr. Ramgotra's RRSPs would have been subject to the claims of his creditors, the RRIF constituted a life insurance annuity, and was therefore exempt from their claims on the basis of s. 67(1)(b) *BIA*, when read in conjunction with ss. 2(kk)(vii) and 158(2) of *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-26. However, the trustee in bankruptcy applied under r. 89 of the *Bankruptcy Rules*, C.R.C. 1978, c. 368, for a declaration that the transfer of the RRSP funds into the RRIF was void, pursuant to s. 91(2) *BIA*. That provision declares, in part, that "settlements" made one to five years prior to bankruptcy are void against the trustee if "the interest of the settlor in the property did not pass" upon settlement.

6 At trial, the trustee's application was dismissed because Dr. Ramgotra's transfer of the RRSP funds into the RRIF had been made in good faith, and not for the purpose of defeating the claims of his creditors. An appeal to the Saskatchewan Court of Appeal by the appellant Royal Bank, Dr. Ramgotra's major creditor, was also dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26:

2. — ...

(kk) "life insurance" means insurance whereby an insurer undertakes to pay insurance money:

(i) on death;

(ii) on the happening of an event or contingency dependent on human life;

Saskatoon la résiliation du bail commercial qui liait à ce dernier. Les négociations n'ont pas porté fruit et le propriétaire a obtenu, contre le Dr Ramgotra, un jugement d'environ 30 000 \$. Cet événement a amené le Dr Ramgotra à faire cession de ses biens au profit de ses créanciers en février 1992. Lorsqu'il a obtenu sa libération absolue, en janvier 1993, il n'a conservé pour tous biens que ses vêtements, le contenu de sa maison et le FERR.

Alors que les REER du Dr Ramgotra auraient été touchés par les réclamations de ses créanciers, le FERR, parce qu'il constituait une rente d'assurance-vie, était à l'abri de leurs réclamations par l'effet conjugué de l'al. 67(1)(b) *LFI* ainsi que du sous-al. 2kk(vii) et du par. 158(2) de *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-26. Cependant, le syndic a demandé, conformément à l'art. 89 des *Règles régissant la faillite*, C.R.C. 1978, ch. 368, un jugement déclaratoire portant que, en vertu du par. 91(2) *LFI*, le transfert des fonds des REER dans le FERR était nul. Ce paragraphe énonce notamment que sont inopposables au syndic les «dispositions» de biens faites au cours des cinq ans qui précèdent la faillite si «les intérêts du disposant dans ces biens n'ont pas cessé» lorsque fut faite la disposition.

Au procès, la demande du syndic a été rejetée pour le motif que le Dr Ramgotra avait agi de bonne foi en transférant les fonds des REER dans le FERR et non dans le but de frustrer ses créanciers. L'appel à la Cour d'appel de la Saskatchewan interjeté par l'appelante, la Banque Royale, créancier principal du Dr Ramgotra, a lui aussi été rejeté.

III. Les dispositions législatives pertinentes

The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-26:

[TRADUCTION] 2. — ...

kk) «assurance-vie» Assurance par laquelle un assureur s'engage à verser une somme assurée:

(i) lorsque survient un décès,

(ii) lorsque survient un événement ou une éventualité se rattachant à la vie humaine,

(iii) at a fixed or determinable future time; or

(iv) for a term dependent on human life;

and, without limiting the generality of the foregoing, includes:

. . .

(vii) an undertaking given by an insurer, whether before or after this section comes into force, to provide an annuity or what would be an annuity except that the periodic payments may be unequal in amount;

158. — (1) Where a beneficiary is designated, the insurance money, from the time of the happening of the event upon which the insurance money becomes payable, is not part of the estate of the insured and is not subject to the claims of the creditors of the insured.

(2) While a designation in favour of a spouse, child, grandchild or parent of a person whose life is insured, or any of them, is in effect, the rights and interests of the insured in the insurance money and in the contract are exempt from execution or seizure.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, as amended:

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

. . .

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides,

91. (1) Any settlement of property, if the settlor becomes bankrupt within one year after the date of the settlement, is void against the trustee.

(2) Any settlement of property, if the settlor becomes bankrupt within five years after the date of the settlement, is void against the trustee if the trustee can prove that the settlor was, at the time of making the settlement, unable to pay all his debts without the aid of the property comprised in the settlement or that the interest of the settlor in the property did not pass on the execution thereof.

(iii) lorsqu'arrive une date ultérieure déterminée ou déterminable,

(iv) pendant une période se rattachant à la vie humaine,

et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, «assurance-vie» s'entend également:

. . .

(vii) d'un engagement conclu par un assureur, avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, de verser une rente dont le montant des versements périodiques peut varier;

158. — (1) Lorsqu'un bénéficiaire est désigné, les sommes assurées ne font pas partie de la succession de l'assuré et ne peuvent être réclamées par les créanciers de l'assuré, dès la survenance de l'événement qui rend les sommes assurées exigibles.

(2) Tant qu'est en vigueur la désignation en faveur du conjoint, d'un enfant, d'un petit-enfant ou du père ou de la mère de la personne dont la vie est assurée, ou de l'un d'eux, les droits et les intérêts de l'assuré dans les sommes assurées et dans le contrat sont exempts d'exécution ou de saisie.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, et ses modifications:

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

. . .

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli,

91. (1) Toute disposition est inopposable au syndic, si le disposant devient failli durant l'année qui suit la date de la disposition.

(2) Si le disposant devient failli au cours des cinq ans qui suivent la date de la disposition, toute disposition de biens est inopposable au syndic, si ce dernier peut prouver que le disposant était, lorsqu'il a fait la disposition, incapable de payer toutes ses dettes sans l'aide des biens compris dans la disposition, ou que les intérêts du disposant dans ces biens n'ont pas cessé lorsque fut faite la disposition.

(3) This section does not extend to any settlement made

(b) in favour of a purchaser or incumbrancer in good faith and for valuable consideration; . . .

IV. Decisions Below

1. *Saskatchewan Court of Queen's Bench* (1993), 18 C.B.R. (3d) 1

7 In his reasons, Baynton J. made two factual findings: (1) Dr. Ramgotra was solvent at the time he transferred the RRSP funds into the RRIF, and (2) the transfer was made in good faith, and not for the purpose of defeating creditors. Because of the former factual finding, the first branch of s. 91(2) *BIA* could not be used by the trustee to void the transfer. However, the second branch of s. 91(2) was still available, and the issue was whether the transfer was a "settlement" in which the interest of the settlor in the property did not pass at the time of settlement.

8 Relying on recent case law establishing that the exchange of non-exempt property for exempt property (i.e., "self-settlement") could constitute a settlement under s. 91 *BIA*, Baynton J. reached the tentative conclusion that the transfer in the case at bar fell within the second branch of s. 91(2) because it was a settlement in which, by definition, the property interest of the settlor did not pass. He refused, however, to declare the settlement void against the trustee in bankruptcy. He referred to his previous decision in *Royal Bank v. Oliver* (1992), 11 C.B.R. (3d) 82 (Sask. Q.B.), where a similar settlement was at issue. In *Oliver*, he decided that a *bona fide* exchange of property should not be a voidable settlement under s. 91(2). He effectively "borrowed" the concept of good faith which appears in s. 91(3)(b) *BIA* (but is not appli-

(3) Le présent article ne s'applique pas à une disposition faite:

b) soit de bonne foi et pour contrepartie valable, en faveur d'un acheteur ou d'un créancier hypothécaire; . . .

IV. Les décisions des juridictions inférieures

1. *La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan* (1993), 18 C.B.R. (3d) 1

Dans ses motifs, le juge Baynton a tiré deux conclusions de fait: (1) le Dr Ramgotra était solvable au moment où il a transféré les fonds des REER dans le FERR, et (2) le transfert a été effectué de bonne foi et non dans le but de frustrer les créanciers. Vu la première conclusion de fait, le syndic ne pouvait s'appuyer sur le premier volet du par. 91(2) *LFI* pour considérer le transfert inopposable à son endroit. Il pouvait toutefois invoquer le second volet, ce qui soulevait la question de savoir si le transfert était une «disposition» n'ayant pas eu pour effet de faire cesser les intérêts du disposant dans les biens en cause au moment où elle a été faite.

Se fondant sur des décisions récentes établissant que le remplacement de biens non exempts par des biens exempts (c.-à-d. une «disposition à soi-même») pouvait constituer une disposition visée à l'art. 91 *LFI*, le juge Baynton est arrivé à la conclusion préliminaire que, en l'espèce, le transfert relevait du second volet du par. 91(2) puisqu'il s'agissait d'une disposition dans le cadre de laquelle, par définition, les intérêts du disposant dans les biens visés n'avaient pas cessé. Il a toutefois refusé de déclarer la disposition inopposable au syndic, mentionnant à cet effet sa décision antérieure dans *Royal Bank c. Oliver* (1992), 11 C.B.R. (3d) 82 (B.R. Sask.), affaire où il était question d'une disposition analogue. Dans *Oliver*, il a conclu qu'un remplacement de biens fait de bonne foi ne devait pas être considéré comme une disposition inopposable en vertu du par. 91(2). En fait, il a «emprunté» le concept de la bonne foi prévu à l'al. 91(3)*b* *LFI* (qui ne s'applique cependant pas en cas de disposition à soi-même), et il s'en est servi

cable in the case of self-settlement), and used it to limit the common law definition of settlement.

Since Dr. Ramgotra had acted in good faith, and not for the purpose of defeating creditors, when he transferred his non-exempt RRSP funds into an exempt RRIF, Baynton J. concluded that the transfer was not a settlement which could be set aside under s. 91(2).

2. *Saskatchewan Court of Appeal* (1994), 26 C.B.R. (3d) 1

The Saskatchewan Court of Appeal unanimously dismissed the appellant's appeal. For the court, Jackson J.A. rejected the submission (which had been accepted by Baynton J.) that a settlement had been effected by the transfer of the non-exempt RRSP funds into the exempt RRIF. In her view, settlement within the meaning of the *BIA* involved settlement on a third party; the mere conversion of non-exempt property into exempt property was insufficient.

However, after a review of the jurisprudence on the meaning of settlement, Jackson J.A. concluded that the designation of a beneficiary under an insurance policy could constitute a settlement. Thus, when Dr. Ramgotra designated his wife as beneficiary under the RRIF, he settled a property interest on her. Jackson J.A. characterized this interest as a future contingent property interest.

Jackson J.A. then considered whether such a settlement could be declared void under the second branch of s. 91(2) concerning the passing of property. In her view, the essential issue was whether or not it was necessary to convey, or give up control over, all the interests in a particular piece of property in order for the property passing exception to be met. Jackson J.A. reviewed the case law on this issue, most of which concluded that a settlement in the form of an insurance beneficiary designation does not involve the passing of property because the settlor always maintains property interests in, and control over, the insurance after the designation. However, she preferred to rely on

pour restreindre la définition du terme «disposition» en common law.

Comme le D^r Ramgotra avait agi de bonne foi et non dans le but de frustrer ses créanciers lorsqu'il a transféré les fonds non exempts de son REER dans les fonds exempts du FERR, le juge Baynton a conclu que le transfert n'était pas une disposition pouvant être annulée en vertu du par. 91(2).

2. *Le Cour d'appel de la Saskatchewan* (1994), 26 C.B.R. (3d) 1

La Cour d'appel de la Saskatchewan a, à l'unanimité, rejeté l'appel formé par l'appelante. S'exprimant pour la cour, madame le juge Jackson a rejeté l'argument (qu'avait pour sa part accepté le juge Baynton) que le transfert des fonds non exempts du REER dans les fonds exempts du FERR, avait donné lieu à une disposition. À son avis, les dispositions visées par la *LFI* sont celles faites à un tiers; la simple conversion de biens non exempts en biens exempts ne suffit pas.

Toutefois, après avoir examiné la jurisprudence portant sur le sens du concept de «disposition», le juge Jackson a conclu que la désignation d'un bénéficiaire dans une police d'assurance pouvait constituer une disposition. En conséquence, lorsque le D^r Ramgotra a désigné son épouse à titre de bénéficiaire du FERR, il a disposé de son intérêt dans le bien en question en faveur de celle-ci. Pour le juge Jackson, il s'agissait d'un intérêt de propriété futur et éventuel.

Le juge Jackson s'est ensuite demandée si une telle disposition pouvait être déclarée inopposable en vertu du second volet du par. 91(2) qui concerne le transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés. À son avis, il s'agissait essentiellement de déterminer s'il était nécessaire ou non qu'il y ait transfert de tous les intérêts dans un bien donné ou cession du contrôle sur ceux-ci pour que s'applique l'exception fondée sur le transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés. Le juge Jackson a examiné la jurisprudence sur cette question et constaté que, dans la plupart de ces décisions, les tribunaux avaient conclu que les dispositions prenant la forme d'une désignation de

9

10

11

12

two early English cases, *In re Lowndes; Ex parte Trustee* (1887), 18 Q.B.D. 677, and *Shrager v. March*, [1908] A.C. 402 (P.C.), for the proposition that property passes if a settlor divests him- or herself of all interest in the property acquired by a third party beneficiary. Thus, the beneficiary designation in the case at bar passed a contingent property interest to Mrs. Ramgotra, and fully divested Dr. Ramgotra of that same property interest. Jackson J.A. held that this was sufficient to meet the property passing requirement of the second branch of s. 91(2), with the result that Dr. Ramgotra's designation of his wife as beneficiary under the RRIF was not void against his trustee in bankruptcy.

bénéficiaire d'une assurance n'entraînaient pas le transfert de la propriété des intérêts dans l'assurance, étant donné que, après la désignation, le disposant conserve toujours ses intérêts dans ce bien et son pouvoir de contrôle sur celui-ci. Elle a toutefois préféré se fonder sur deux vieilles décisions anglaises — *In re Lowndes; Ex parte Trustee* (1887), 18 Q.B.D. 677, et *Shrager c. March*, [1908] A.C. 402 (C.P.) — appuyant la thèse qu'il y a transfert de la propriété du bien visé si le disposant se départit de tous ses intérêts dans le bien acquis par un tiers bénéficiaire. Par conséquent, la désignation d'un bénéficiaire en l'espèce a eu pour effet de transférer à M^{me} Ramgotra un intérêt de propriété éventuel et, du même coup, de dépouiller complètement le D^r Ramgotra de cet intérêt. Le juge Jackson a conclu que cela suffisait pour satisfaire à la condition relative au transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés prévue par le second volet du par. 91(2), de sorte que la désignation par le D^r Ramgotra de son épouse à titre de bénéficiaire du FERR n'était pas inopposable au syndic.

13 Jackson J.A.'s conclusion that the property passing requirement had been met was further reinforced by her view that any other conclusion would be contrary to bankruptcy policy and the purpose of RRIFs. She noted that if the designation of a beneficiary under an insurance policy were not found to pass property to the beneficiary, then all insurance beneficiary designations made within five years of bankruptcy would be void against the trustee in bankruptcy by operation of the second branch of s. 91(2), including those made in good faith when the bankrupt was solvent. Jackson J.A. was of the view that s. 91 BIA should be interpreted to avoid such an absurd result.

Le juge Jackson trouvait aussi un appui à sa conclusion que la condition relative au transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés avait été respectée dans le fait que, à son avis, toute autre conclusion serait contraire à la politique en matière de faillite et à l'objet des FERR. Elle a souligné que, si la désignation d'un bénéficiaire en vertu d'une police d'assurance était jugée ne pas opérer transfert de propriété en faveur du bénéficiaire, alors toutes les désignations de bénéficiaires effectuées dans les polices d'assurance au cours des cinq années précédant une faillite seraient inopposables au syndic par l'application du second volet du par. 91(2), y compris celles ayant été faites de bonne foi lorsque le failli était solvable. De l'avis du juge Jackson, il faut interpréter l'art. 91 LFI de manière à éviter un résultat aussi absurde.

14 Finally, with respect to the *bona fide* test applied by the trial judge, Baynton J., Jackson J.A. stated that it was not necessary for her to adopt his position, but she nevertheless endorsed his analysis of

Enfin, relativement au critère de bonne foi qu'a appliqué le juge Baynton en première instance, le juge Jackson a déclaré qu'elle n'était pas tenue d'adopter la position de ce dernier, mais elle a

the difficulties associated with any interpretation of s. 91 *BIA* which would automatically void legitimate transactions made by solvent debtors. Jackson J.A. agreed with Baynton J. that to attack a beneficiary designation made by a solvent debtor, a trustee in bankruptcy should have to prove some lack of good faith on the part of the debtor. However, she disagreed that the creation of a good faith requirement for self-settlement under s. 91 would be appropriate. Instead, she opined that trustees may rely on other legislation, such as provincial fraud legislation, to attack bad faith self-settlements.

V. Analysis

1. *Introduction*

In my recent decision in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, I had the opportunity to review the two fundamental purposes underlying the *BIA*. As I stated there, the first such purpose is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors, while the second is to provide for the financial rehabilitation of insolvent persons (at para. 7). The case at bar demonstrates that these two purposes may come into conflict. The appellant bank, Dr. Ramgotra's principal creditor, wishes to attach his RRIF in order to satisfy its outstanding financial claims against him. Not surprisingly, in light of Dr. Ramgotra's post-bankruptcy financial position, he resists the bank's attempts to seize one of his few remaining assets. He argues that the RRIF, being life insurance under s. 2(kk)(vii) of *The Saskatchewan Insurance Act*, is exempt from execution or seizure by creditors (s. 158(2) of *The Saskatchewan Insurance Act* and s. 67(1)(b) *BIA*). In short, the bank seeks an "equitable distribution" of Dr. Ramgotra's assets, while Dr. Ramgotra's "financial rehabilitation" is furthered if he maintains his interest in the RRIF.

néanmoins souscrit à son analyse des difficultés qu'engendrerait toute interprétation de l'art. 91 *LFI* qui aurait pour effet de rendre automatiquement inopposables les opérations légitimes faites par des débiteurs solvables. Le juge Jackson a convenu avec le juge Baynton que, pour contester la désignation d'un bénéficiaire faite par un débiteur solvable, le syndic devrait être tenu d'établir la mauvaise foi de ce dernier. Toutefois, elle ne croyait pas qu'il serait judicieux de créer une exigence de bonne foi pour les dispositions à soi-même visées par l'art. 91. À son avis, les syndics peuvent invoquer d'autres lois, telles les lois provinciales en matière de fraude, pour contester les dispositions à soi-même faites de mauvaise foi.

V. Analyse

1. *Introduction*

Récemment, dans l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, j'ai eu l'occasion d'examiner les deux objectifs fondamentaux qui sous-tendent la *LFI*. Comme je l'ai dit dans cette affaire, le premier de ces objectifs est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers, tandis que le second consiste à favoriser la réhabilitation financière de la personne insolvable (au par. 7). Le présent cas montre que ces deux objectifs peuvent entrer en conflit. La banque appelante, qui est le principal créancier du Dr Ramgotra, souhaite saisir le FERR de ce dernier pour obtenir paiement des sommes qu'il lui doit. Il n'est pas étonnant, compte tenu de la situation financière dans laquelle il se trouve à la suite de sa faillite, que le Dr Ramgotra résiste aux tentatives de la banque de saisir un des rares biens qui lui restent. Il prétend que, comme le FERR est une assurance-vie au sens du sous-al. 2kk)(vii) de *The Saskatchewan Insurance Act*, ce bien est exempt d'exécution ou de saisie par les créanciers (par. 158(2) de *The Saskatchewan Insurance Act* et l'al. 67(1)b) *LFI*). Bref, la banque demande un «partage équitable» des biens du Dr Ramgotra, alors que le fait de lui laisser ses intérêts dans le FERR favoriserait sa «réhabilitation financière».

16

Since Dr. Ramgotra transferred the funds from his two RRSPs into his exempt RRIF when he was solvent, and not for the purpose of defeating his creditors, one might well wonder how the bank could get around the exempt status of the RRIF — a status which, on its face, constitutes an absolute bar to the bank's claim. In the general context of debtor-creditor relations, the bank would have no expectation at all of attaching Dr. Ramgotra's exempt RRIF. On the facts of this case, Dr. Ramgotra's creditors are not being denied something which they would otherwise have, since the general rule is that they would not be entitled to attach the RRIF unless it had been removed from Dr. Ramgotra's estate through a fraudulent conveyance. Why should Dr. Ramgotra's bankruptcy place creditors like the bank in a better position than they would be in absent the bankruptcy? The bank's position before this Court appears to conflict with the principle that creditors should not gain on bankruptcy any greater access to their debtors' assets than they possessed prior to bankruptcy: *M.N.R. v. Anthony* (1995), 124 D.L.R. (4th) 575 (Nfld. C.A.), at p. 580.

Puisque le Dr Ramgotra était solvable au moment où il a transféré les fonds de ses deux REER dans son FERR exempt, et qu'il ne cherchait pas, par cette mesure, à frustrer ses créanciers, on peut fort bien se demander de quelle façon la banque pouvait contourner l'exemption dont bénéficie le FERR — exemption qui, à première vue, constitue un obstacle insurmontable à la réclamation de la banque. Dans le contexte général des rapports entre débiteurs et créanciers, la banque n'aurait aucun espoir de saisir le FERR exempt du Dr Ramgotra. À la lumière des faits de la présente affaire, les créanciers du Dr Ramgotra ne sont pas privés d'une chose à laquelle ils auraient par ailleurs droit puisque, selon la règle générale, ils ne pouvaient saisir le FERR que si celui-ci avait été soustrait du patrimoine du Dr Ramgotra par suite d'un transfert frauduleux. Pourquoi la faillite du Dr Ramgotra devrait-elle placer des créanciers comme la banque dans une position plus avantageuse qu'ils ne le seraient si ce n'était de la faillite? La thèse avancée par la banque devant notre Cour paraît entrer en conflit avec le principe que les créanciers ne devraient pas, du fait d'une faillite, obtenir des droits plus étendus sur les biens de leurs débiteurs qu'ils n'en possédaient avant la faillite: *M.N.R. c. Anthony* (1995), 124 D.L.R. (4th) 575 (C.A.T.-N.), à la p. 580.

17

Moreover, the policy of exempting life insurance investments and policies from execution or seizure under the *BIA*, where family members are designated as beneficiaries, is sound. Given the importance of insurance in providing for the welfare of dependents upon the death of the insured, an insurance policy may be characterized as a necessity. In Saskatchewan, as in the other provinces, many other necessities are excluded from the property of a bankrupt which is subject to execution or seizure by creditors. Examples include food, fuel, clothing, household items, tools of a trade (*The Exemptions Act*, R.S.S. 1978, c. E-14, s. 2), farm buildings, farming equipment, and livestock (*The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1, s. 65). One might well characterize exempt property collectively as the "bare minimum" which a bankrupt is entitled to maintain

Qui plus est, le fait, dans la *LFI*, d'exempter des mesures d'exécution ou de saisie les polices et placements d'assurance-vie lorsque des membres de la famille sont désignés bénéficiaires est une politique judicieuse. En effet, vu l'importance de l'assurance pour le bien-être des personnes à charge de l'assuré après son décès, il est possible de qualifier les polices d'assurances de nécessité de la vie. En Saskatchewan, tout comme dans les autres provinces, de nombreux autres biens indispensables sont exclus des biens d'un failli qui peuvent faire l'objet de mesures d'exécution ou de saisie par les créanciers. Parmi les biens ainsi exclus, mentionnons la nourriture, le combustible, les vêtements, les articles ménagers, les outils nécessaires à la pratique d'un métier (*The Exemptions Act*, R.S.S. 1978, ch. E-14, art. 2), les bâtiments et l'équipement agricoles, et le bétail (*The Saskatchewan*

in order to facilitate his or her rehabilitation following bankruptcy.

Thus, the bank's claim before this Court is at odds with the exempt status of the property in question, the policy justification underlying that exempt status, and its own expectations prior to Dr. Ramgotra's bankruptcy as to what it would be able to attach. However, the bank is challenging the transaction which transferred the RRSP funds into the RRIF. The bank claims that this transaction was a settlement within the meaning of s. 91 *BIA*, that Dr. Ramgotra's property interest did not pass at the time of the settlement, and that the settlement is void pursuant to the second branch of s. 91(2) (i.e., the "property passing branch"). According to the bank, the funds at issue are not exempt from execution or seizure because the transaction which rendered them exempt is void.

The issues raised by the bank are three-fold: (1) is the transaction in the case at bar a settlement within the meaning of s. 91 *BIA*; (2) if so, is the settlement void against the trustee in bankruptcy under the second branch of s. 91(2); and (3) if so, are the funds in the RRIF available to satisfy the claims of Dr. Ramgotra's creditors despite the RRIF's exempt status under s. 67(1)(b). These issues are not new. They have been the source of considerable controversy in the lower courts, where four competing approaches have been adopted. I will deal with each of these in turn. However, I should state at the outset that I find none of them to be a satisfactory resolution of the problem presented by the case at bar and similar cases. I prefer an approach which recognizes the distinct roles of ss. 67(1)(b) and 91 in bankruptcy, as outlined below.

Farm Security Act, S.S. 1988-89, ch. S-17.1, art. 65). On pourrait fort bien qualifier l'ensemble des biens exempts de «strict minimum» que le failli a le droit de conserver pour faciliter sa réhabilitation après la faillite.

En conséquence, la réclamation de la banque devant notre Cour est incompatible avec l'exemption dont bénéficie le bien en cause ainsi qu'avec la justification de principe qui sous-tend cette exemption et avec les attentes mêmes qu'avait la banque, avant la faillite du Dr Ramgotra, quant à ce qu'elle pourrait saisir. Il n'en reste pas moins que la banque conteste l'opération par laquelle les fonds des REER ont été transférés dans le FERR. Elle prétend que cette opération était une disposition au sens de l'art. 91 *LFI*, que les intérêts du Dr Ramgotra dans ce bien n'ont pas cessé au moment de la disposition et que celle-ci est inopposable en vertu du second volet du par. 91(2) (le «volet concernant le transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés»). Selon la banque, les sommes d'argent en cause ne sont pas exemptes d'exécution ou de saisie, car l'opération qui les a rendues exemptes est nulle.

La banque soulève trois questions: (1) L'opération visée en l'espèce est-elle une disposition au sens de l'art. 91 *LFI*? (2) Dans l'affirmative, la disposition est-elle inopposable au syndic en vertu du second volet du par. 91(2)? (3) Si oui, les fonds du FERR peuvent-ils servir à régler les réclamations des créanciers du Dr Ramgotra en dépit de l'exemption dont bénéficie le FERR en vertu de l'al. 67(1)(b)? Ces questions ne sont pas nouvelles. Elles sont à l'origine d'une importante controverse au sein des juridictions inférieures, où quatre approches divergentes ont été adoptées. Je vais les examiner à tour de rôle. Je tiens cependant à signaler au départ que, selon moi, aucune de ces approches ne permet de régler de manière satisfaisante le problème que soulèvent la présente espèce et des affaires analogues. Je préfère une approche qui tienne compte des rôles distincts que jouent, en matière de faillite, l'al. 67(1)(b) et l'art. 91, comme nous le verrons ci-après.

18

19

2. *The Competing Approaches in the Lower Courts*

- (i) The exchange of a non-exempt asset for an exempt asset is a settlement under the BIA, and is voidable against the trustee in bankruptcy pursuant to s. 91 where made in the five years preceding bankruptcy (the “Wilson approach”)

20

The first approach to the problem raised by the case at bar involves the more general issue of whether a self-settlement is caught by s. 91 BIA. Such an approach is typified by the decision of the Alberta Court of Appeal in *Wilson v. Doane Raymond Ltd.* (1988), 69 C.B.R. (N.S.) 156. There, the appellant dairy farmers sold their milk quota, a non-exempt asset, and used the proceeds to purchase a condominium, an exempt asset. A month later, they made assignments into bankruptcy. The trustee in bankruptcy sought an order declaring the condominium purchase to be a void settlement of property under s. 69(1) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, (now s. 91(1)) BIA.

21

For the Court of Appeal, Haddad J.A. relied upon the decision of the Alberta Queen’s Bench in *Re Wozniuk* (1987), 76 A.R. 42, a case the facts of which are strikingly similar to those of the case at bar. In *Re Wozniuk*, it was held that a self-settlement in which a non-exempt RRSP was exchanged for an exempt life insurance annuity was a settlement within the meaning of the BIA. Haddad J.A. agreed with this proposition, adding at p. 159 that “[a] settlement within the scheme of the statute occurs when a disposition of property reduces the bankrupt estate available to the trustee for distribution to creditors”. He thus concluded that the appellants’ conversion of non-exempt property into exempt property was a void settlement under the BIA, since it had the effect of reducing the estate which was available to creditors. It made no difference that the appellants had effected the conversion for the purpose of obtaining a home for themselves, and not for the purpose of defeating creditors.

2. *Les approches divergentes des juridictions inférieures*

- (i) La conversion d’un bien non exempt en bien exempt est, sous le régime de la LFI, une disposition inopposable au syndic en vertu de l’art. 91 si elle survient au cours des cinq années précédant la faillite (l’«approche Wilson»)

La première approche du problème en l’espèce soulève la question plus générale de savoir si les dispositions à soi-même sont visées par l’art. 91 LFI. L’illustration typique de cette approche est l’arrêt *Wilson c. Doane Raymond Ltd.* (1988), 69 C.B.R. (N.S.) 156, de la Cour d’appel de l’Alberta. Dans cette affaire, les producteurs laitiers appelants ont vendu leur contingent de lait, bien non exempt, et utilisé le produit de la vente pour acheter un condominium, bien exempt. Un mois plus tard, ils ont fait cession de leurs biens. Le syndic a alors demandé une ordonnance déclarant que l’achat du condominium lui était inopposable, conformément au par. 69(1) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3 (maintenant le par. 91(1) LFI).

S’exprimant pour la Cour d’appel, le juge Haddad s’est appuyé sur la décision de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta dans *Re Wozniuk* (1987), 76 A.R. 42, affaire dont les faits sont étonnamment semblables à ceux de l’espèce. Dans *Re Wozniuk*, il a été jugé qu’une disposition à soi-même dans le cadre de laquelle un REER non exempt a été remplacé par une rente d’assurance-vie exempte était une disposition au sens de la LFI. Le juge Haddad a souscrit à cette proposition, ajoutant, à la p. 159, qu’il y a [TRADUCTION] «disposition au sens de la loi lorsque l’opération en cause réduit le patrimoine du failli à distribuer aux créanciers par le syndic». Il a par conséquent conclu que la conversion par les appelants d’un bien non exempt en bien exempt était une disposition inopposable aux termes de la LFI, puisqu’elle avait pour effet de réduire le patrimoine disponible pour les créanciers. Le fait que les appelants avaient effectué la conversion afin de se procurer un logement et non dans le but de frustrer leurs créanciers ne changeait rien à la situation.

The principle flowing from *Wilson and Wozniuk*, namely that the exchange of a non-exempt asset for an exempt asset is a settlement under the *BIA*, and is voidable under s. 91, has been adopted in numerous cases: *Re Malloy* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 308 (Ont. S.C.); *Alberta Treasury Branches v. Guimond* (1987), 70 C.B.R. (N.S.) 125 (Alta. Q.B.); *Camgoz (Trustee of) v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 131 (Sask. Q.B.), aff'd (1988), 72 C.B.R. (N.S.) 319 (Sask. C.A.); *Klassen (Trustee of) v. Great West Life Assurance Co.* (1990), 1 C.B.R. (3d) 263 (Sask. Q.B.). Moreover, this principle was adopted by the trial judge, Baynton J., in the case at bar, and in his earlier decision in *Oliver, supra*.

The approach which found favour with the Alberta Court of Appeal in *Wilson* was rejected, I think properly, by the Saskatchewan Court of Appeal in the case at bar. In my view, it is incorrect to conclude that a person may settle property on him- or herself. This is confirmed by the traditional judicial understanding of "settlement", as stated by this Court in *In re Bozanich*, [1942] S.C.R. 130. Rinfret J. described "settlement" as follows at pp. 138-39:

Without attempting to give a definition of the word — and more particularly of that word as used in section 60 — it seems to me sufficient for the purpose of interpreting the section to adopt a passage of Cave J., in the case of *In re Player; Ex parte Harvey* (1885), 15 Q.B.D. 682, at 686-687:

One must look at the whole of the language of the section in applying that definition, and consider what is meant by "settlement". Although "settlement", by the 3rd subsection, "shall for the purposes of this section include any conveyance or transfer of property", yet I think the view of my brother Mathew is well founded, and that a settlement in the ordinary sense of the word is intended. The transaction must be in the nature of a settlement, though it may be effected by a conveyance or transfer. The end and purpose of the thing must be a settlement, that is, a disposition of property to be held for the enjoyment of some other person. [Emphasis added.]

Le principe qui découle des affaires *Wilson et Wozniuk*, à savoir que le remplacement d'un bien non exempt par un bien exempt est une disposition au sens de la *LFI* et inopposable aux termes de l'art. 91, a été adopté dans de nombreuses décisions: *Re Malloy* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 308 (C.S. Ont.); *Alberta Treasury Branches c. Guimond* (1987), 70 C.B.R. (N.S.) 125 (B.R. Alb.); *Camgoz (Trustee of) c. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 131 (B.R. Sask.), conf. par (1988), 72 C.B.R. (N.S.) 319 (C.A. Sask.); *Klassen (Trustee of) c. Great West Life Assurance Co.* (1990), 1 C.B.R. (3d) 263 (B.R. Sask.). En outre, ce principe a été adopté par le juge Baynton dans le présent cas, en première instance, ainsi que dans sa décision antérieure dans *Oliver*, précité.

L'approche qu'a privilégiée la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Wilson* a été rejetée, avec raison selon moi, par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire qui nous intéresse. Je suis d'avis qu'il est erroné de conclure qu'une personne peut disposer de biens en faveur d'elle-même. Cette opinion est d'ailleurs confirmée par l'interprétation traditionnelle du mot «disposition» par les tribunaux, qu'a exprimée notre Cour dans *In re Bozanich*, [1942] R.C.S. 130. Le juge Rinfret a décrit ce mot ainsi, aux pp. 138 et 139:

[TRADUCTION] Sans tenter de définir le mot — et plus particulièrement tel qu'il est utilisé à l'art. 60 — il me semble suffisant, pour interpréter cet article, d'adopter le passage suivant des motifs du juge Cave dans l'affaire *In re Player; Ex parte Harvey* (1885), 15 Q.B.D. 682, aux pp. 686 et 687:

Il faut, dans l'application de cette définition, examiner l'ensemble du libellé de l'article et se demander ce qu'on entend par «disposition». Même si, aux termes du paragraphe 3, «disposition» s'entend également, pour l'application du présent article, de tout transport ou transfert de propriété», je demeure d'avis que l'opinion de mon collègue Mathew est bien fondée et que ce mot est utilisé dans son sens ordinaire. L'opération en cause doit tenir de la nature d'une disposition, même si elle peut être effectuée par voie de transport ou de transfert. L'opération doit avoir pour finalité et pour objet une disposition, c'est-à-dire l'aliénation d'un bien qui sera détenu pour le bénéfice d'une autre personne. [Je souligne.]

Rinfret J. then added, at p. 141:

The Act, as broad as it is, allows of a clear distinction between settlements though effected by a conveyance or transfer of property and conveyances or transfers of property not in the nature of a settlement.

24

There is no room in the definition of settlement adopted by this Court in *Re Bozanich* for a “settlement onto oneself”, since the settlement must involve the transfer of property to be held for the enjoyment of another person. It would seem that the lower courts have departed from this aspect of *Re Bozanich*, and have held that a self-settlement is a settlement under the *BIA*, because the exchange of non-exempt property for exempt property is one convenient means of defeating creditors. As the court reasoned in *Re Wozniuk* at p. 62, a bankrupt should not be able to “bootstrap himself” out of s. 91 “by taking non-exempt property and converting it into property which would be exempt”.

25

Although the court in *Wilson* thought that excluding self-settlements from s. 91 *BIA* would allow for considerable abuse, it seems to me that the contrary conclusion is more problematic. If creditors may attach self-settled property by attacking the self-settlement under s. 91 *BIA*, notwithstanding the exempt status of the property, then the result follows that such property is attachable in all cases where the self-settlement occurred in the five years preceding bankruptcy, including those cases where the bankrupt was solvent and acting in good faith at the time of the impugned transaction. In his article, “Section 91 (Settlements) of the Bankruptcy and Insolvency Act: A Mutated Monster” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 235, Professor Cuming strongly criticized the judicial extension of the concept of settlement to include self-settlement as “patently unreasonable”, at p. 235, and “a dramatic mutation”, at p. 238. He added, at p. 242:

Le juge Rinfret a ajouté ceci, à la p. 141:

[TRADUCTION] La Loi, aussi générale qu'elle soit, permet d'établir une distinction nette entre les dispositions, même celles effectuées par voie de transport ou de transfert de propriété, et les transports ou transferts de propriété qui ne tiennent pas de la nature d'une disposition.

La définition de disposition adoptée par notre Cour dans *Re Bozanich* ne laisse aucune place aux «dispositions à soi-même», puisqu'il doit y avoir transfert d'un bien qui sera détenu pour le bénéficiaire d'une autre personne. Il semble que les juridictions inférieures se soient écartées de cet aspect de l'arrêt *Re Bozanich* et aient conclu qu'une disposition à soi-même est une disposition visée par la *LFI* parce que la conversion de biens non exempts en biens exempts est un moyen pratique de frustrer les créanciers. Suivant le raisonnement de la cour dans *Re Wozniuk*, à la p. 62, un failli ne devrait pas avoir la possibilité de «se soustraire par lui-même» à l'application de l'art. 91 [TRADUCTION] «en convertissant des biens non exempts en biens qui seraient exempts».

Bien que, dans *Wilson*, la cour ait estimé que le fait d'exclure les dispositions à soi-même du champ d'application de l'art. 91 *LFI* ouvrirait la porte à de graves abus, il me semble que la solution contraire pose davantage de problèmes. En effet, si on permet aux créanciers de saisir, en vertu de l'art. 91 *LFI*, des biens ayant fait l'objet d'une disposition à soi-même, même dans les cas où il s'agit de biens exempts, il s'ensuit que ces biens sont saisissables chaque fois que la disposition à soi-même est survenue au cours des cinq années qui précèdent la faillite, y compris dans les cas où le failli était solvable et a agi de bonne foi au moment de l'opération contestée. Dans son article intitulé «Section 91 (Settlements) of the Bankruptcy and Insolvency Act: A Mutated Monster» (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 235, le professeur Cuming a vivement critiqué l'élargissement, par les tribunaux, du concept de disposition pour y inclure les dispositions à soi-même, qualifiant cette interprétation de [TRADUCTION] «manifestement déraisonnable» à la p. 235 et de «mutation dramatique», à la p. 238. Il a ajouté ceci à la p. 242:

The problem of injustice arises when this expanded interpretation of the concept of settlement is combined with another Canadian-made adjunct to s. 91: that, in both such situations, the interest of the settlor does not pass on execution of the transfers, thereby bringing them within the third arm of s. 91. The logic of this reasoning appears to be as follows: the transfer of the property to the debtor is a settlement and the interest of the settlor did not pass on execution since, by definition, he retained or ended up with the interest or its equivalent.

This approach alone, while unable to withstand close technical scrutiny, would not be a source of injustice if the property has not been converted into exempt property as a result of the unexecuted transaction. The “settled” property is divisible among the bankrupt settlor’s creditors. The potential for injustice arises in situations where the “settlement” involves conversion of property from non-exempt to exempt property. [Emphasis added.]

I agree that there is considerable potential for injustice if the *Wilson* approach to self-settlement is adopted. The situation is quite different in the case of settlements on third parties, not only because in such cases the property of the settlor may well have passed, but also because of s. 91(3)(b). That provision states that a “settlement made . . . in favour of a purchaser or incumbrancer in good faith and for valuable consideration” is not void against the trustee in bankruptcy, thus providing a *bona fide* exception to s. 91(1) and (2). However, the provision is not available in the case of self-settlement because, (1) there is no “purchaser or incumbrancer”, and (2) there is no exchange of “valuable consideration”. The Act therefore affords no protection to self-settlers like Dr. Ramgotra, who have acted in good faith. This anomaly is a persuasive indication that Parliament did not intend s. 91 to apply to self-settlement.

Further to this, I think that the inclusion of self-settlements within s. 91 is contrary to the purpose

[TRANSLATION] La question du risque d’injustice se souève lorsque cette interprétation élargie du concept de disposition est conjuguée à un autre ajout à l’art. 91, de création canadienne celle-là: c’est-à-dire le fait que dans les deux situations susmentionnées les intérêts du disposant ne cessent pas lorsque le transfert est effectué, de sorte que celui-ci tombe alors sous le coup du troisième volet de l’art. 91. La logique de ce raisonnement paraît être la suivante: le transfert des biens en cause au débiteur est une disposition et les intérêts du disposant dans ces biens n’ont pas cessé lorsque fut faite la disposition puisque, par définition, ce dernier a conservé les intérêts ou leur équivalent, ou ceux-ci se sont retrouvés entre ses mains.

Même si elle ne saurait résister à un examen formel serré, cette approche ne constituerait pas à elle seule une source d’injustice si les biens en cause n’ont pas été convertis en biens exempts du fait de l’opération non réalisée. Les biens «dont il a été disposé» font partie du patrimoine attribué aux créanciers du disposant failli. Le risque d’injustice naît lorsque la «disposition» emporte la conversion de biens non exempts en biens exempts. [Je souligne.]

Je conviens que le risque d’injustice est considérable si l’approche *Wilson* concernant les dispositions à soi-même est adoptée. Il en va tout autrement des dispositions faites à des tiers, non seulement parce que, dans de tels cas, il est fort possible que les intérêts du disposant dans les biens en cause aient cessé, mais également en raison de l’al. 91(3)b). Aux termes de cet alinéa, une «disposition faite [. . .] de bonne foi et pour contrepartie valable, en faveur d’un acheteur ou d’un créancier hypothécaire» est opposable au syndic. Il s’agit donc d’une exception — fondée sur la bonne foi — aux par. 91(1) et (2). Cependant, l’al. 91(3)b) ne peut être invoqué en cas de disposition à soi-même et ce pour les raisons suivantes: (1) il n’y a pas d’«acheteur ou [de] créancier hypothécaire», et (2) il n’y a pas d’échange pour «contrepartie valable». La Loi n’offre donc aucune protection à ceux qui, comme le Dr Ramgotra, se font de bonne foi une disposition à eux-mêmes. Cette anomalie est un indice probant que le législateur n’entendait pas que l’art. 91 s’applique aux dispositions à soi-même.

Par ailleurs, j’estime qu’assimiler les dispositions à soi-même aux dispositions visées à l’art. 91

of that provision. As I will explain in greater detail below, s. 91 empowers the trustee in bankruptcy to return property to the bankrupt's estate, where it has been removed from the estate through a settlement by the bankrupt on a third party. Since a self-settlement does not transfer property to a third party, the property remains in the bankrupt's estate and vests in the trustee at the time of the bankruptcy (s. 71(2) *BIA*). What possible role could s. 91 have in that situation? Moreover, the property passing branch of s. 91(2) has traditionally been viewed as providing a means by which the trustee in bankruptcy may challenge *in futuro* settlements by the bankrupt on third party beneficiaries, and thereby avoid future claims by those beneficiaries against the bankrupt's estate. In other words, as Jackson J.A. reasoned in the court below at para. 50, the property passing test catches those transactions by solvent debtors that do not confer an immediate interest. The purpose of the second branch of s. 91(2) would be distorted if creditors could employ it to attach self-settled property, since a self-settlement is qualitatively different from the kinds of dealings at which the property passing test is aimed.

est contraire à l'objet de cet article. Comme je l'expliquerai plus en détail plus loin, l'art. 91 habilite le syndic à retourner des biens dans le patrimoine du failli lorsqu'ils en ont été soustraits au moyen d'une disposition faite par le failli en faveur d'un tiers. Puisqu'une disposition à soi-même n'a pas pour effet de transférer les biens visés à un tiers, ces biens demeurent dans le patrimoine du failli et sont dévolus au syndic au moment de la faillite (par. 71(2) *LFI*). Quel rôle l'art. 91 peut-il bien jouer dans un tel cas? Qui plus est, le volet du par. 91(2) qui concerne le transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés a traditionnellement été considéré comme offrant au syndic un moyen de contester les dispositions *in futuro* faites par le failli en faveur de tiers bénéficiaires, et ainsi d'éviter que ces bénéficiaires présentent subséquemment des réclamations contre l'actif du failli. En d'autres termes, suivant le raisonnement du juge Jackson, au par. 50 de la décision de la Cour d'appel, le critère du transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés s'applique aux opérations effectuées par des débiteurs solvables et qui ne confèrent pas un intérêt immédiat. L'objet du second volet du par. 91(2) serait dénaturé si des créanciers pouvaient l'invoquer pour saisir des biens ayant fait l'objet d'une disposition à soi-même, car une telle disposition est qualitativement différente du genre d'opérations visées par le critère susmentionné.

28

Ultimately, I think that the *Wilson* approach to s. 91 fails to strike an appropriate balance between the Act's dual, and sometimes conflicting, purposes of protecting creditors and rehabilitating bankrupts. Even though a self-settlement which creates an exempt asset has the effect of reducing the property available to creditors, one must not lose sight of the fact that the result of the transaction is the acquisition of an asset which is so essential to the bankrupt and his or her dependents that it has been rendered exempt from execution or seizure by provincial legislation incorporated into the Act by s. 67(1)(b). To interpret s. 91 *BIA* in a manner which automatically allows creditors to attach exempt property of such an essential character is, in my view, going too far.

En définitive, je crois que l'approche *Wilson* concernant l'art. 91 ne permet pas d'établir un juste équilibre entre les deux objectifs, parfois incompatibles, visés par la Loi, c'est-à-dire la protection des créanciers et la réhabilitation des faillis. Même si une disposition à soi-même créant un bien exempt a pour effet de réduire la masse des biens disponibles pour les créanciers, il ne faut pas oublier que le résultat de l'opération est l'acquisition d'un bien si essentiel au failli et aux personnes à sa charge qu'il a été rendu exempt d'exécution ou de saisie par les lois provinciales applicables incorporées dans la Loi par l'al. 67(1)(b). Interpréter l'art. 91 *LFI* d'une manière qui permette automatiquement aux créanciers de saisir des biens exempts ayant un caractère à ce point essentiel est, à mon avis, aller trop loin.

Thus, I see no reason in this case to depart from the definition of settlement adopted by this Court in *Re Bozanich*, which requires a disposition by the settlor to a third party. To borrow the words of Rinfret J., self-settlement is a transfer of property not in the nature of a settlement.

- (ii) Bona fide self-settlements are not settlements under s. 91 BIA (the “Oliver approach”)

In light of my rejection of the *Wilson* approach, it is not necessary to deal with the *bona fide* exception developed by Baynton J. in *Oliver, supra*, and applied in the case at bar. Suffice it to say that I share Baynton J.’s concerns about the harshness of the legal approach taken in cases like *Wilson*. While I appreciate his solution to the problem, I note that he was bound to follow the *Wilson* view that self-settlements are subject to s. 91, since the Saskatchewan Court of Appeal had accepted this proposition in *Camgoz, supra*. As I explain below, I do not think that good faith is relevant to the question of whether a settlement has been made within the meaning of s. 91. I prefer the approach to self-settlement taken by the Saskatchewan Court of Appeal in the instant case.

- (iii) The designation of a beneficiary under a life insurance plan is a settlement under the BIA, and is voidable against the trustee in bankruptcy pursuant to s. 91 where made in the five years preceding bankruptcy (the “Geraci (Court of Appeal) approach”)

Although the Court of Appeal in the instant case found that Dr. Ramgotra’s exchange of a non-exempt asset for an exempt asset was not, by the fact of the exchange alone, a settlement under s. 91, Jackson J.A. proceeded to hold that when Dr. Ramgotra designated his wife as beneficiary of the RRIF, he effected a s. 91 settlement. This

Par conséquent, je ne vois, en l’espèce, aucune raison de s’écarter de la définition de disposition adoptée par notre Cour dans *Re Bozanich* et qui exige qu’il y ait disposition en faveur d’un tiers par le disposant. Pour emprunter les termes du juge Rinfret, une disposition à soi-même est un transfert de propriété qui ne tient pas de la nature d’une disposition.

- (ii) Les dispositions de bonne foi à soi-même ne sont pas des dispositions au sens de l’art. 91 LFI (l’«approche Oliver»)

Comme j’ai rejeté l’approche *Wilson*, il n’est pas nécessaire d’examiner l’exception fondée sur la bonne foi qui a été élaborée dans *Oliver*, précité, par le juge Baynton et appliquée en l’espèce. Qu’il suffise de dire que je partage les préoccupations du juge Baynton relativement à la rigueur de la position juridique adoptée dans des cas tels que l’affaire *Wilson*. Même si je reconnais la valeur de la solution que le juge a apportée au problème, il faut souligner qu’il était tenu de suivre l’opinion, énoncée dans l’arrêt *Wilson*, que les dispositions à soi-même sont visées par l’art. 91, étant donné que la Cour d’appel de la Saskatchewan avait accepté cette proposition dans *Camgoz*, précité. Comme je l’explique plus loin, je ne crois pas que la bonne foi soit un facteur pertinent à l’égard de la question de savoir s’il y a eu disposition au sens de l’art. 91. Je préfère l’approche adoptée par la Cour d’appel de la Saskatchewan dans la présente affaire relativement aux dispositions à soi-même.

- (iii) La désignation d’un bénéficiaire en vertu d’un régime d’assurance-vie constitue une disposition au sens de la LFI et elle est inopposable au syndic, conformément à l’art. 91, lorsqu’elle est faite au cours des cinq années précédant la faillite (l’«approche Geraci (Cour d’appel)»)

Bien que, en l’espèce, la Cour d’appel ait statué que le fait que le Dr Ramgotra ait échangé un bien non exempt pour un bien exempt ne constituait pas, du seul fait de l’échange, une disposition au sens de l’art. 91, le juge Jackson a conclu que le Dr Ramgotra a effectué une disposition au sens de l’art. 91 lorsqu’il a désigné son épouse à titre de

approach, which is particular to life insurance plans, was based on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Geraci* (1970), 14 C.B.R. (N.S.) 253. There, at a time when the bankrupt was clearly insolvent, he designated his wife as beneficiary of a life insurance policy with a cash surrender value of \$9,000. The effect of the designation was to render the insurance exempt from execution or seizure. The trustee in bankruptcy applied for a declaration that the beneficiary designation was void under the first branch (i.e., the “insolvency branch”) of what is now s. 91(2) *BIA*. For the court, Jessup J.A. reasoned at pp. 255-56:

I think there emerges from the authorities a definition of the ordinary meaning of “settlement” that it is a disposition of property to be held, either in original form or in such form that it can be traced, for the enjoyment of some other person; and that the designation of a beneficiary of an insurance policy is such a disposition . . . Having regard to the wide ranging affairs to which the Bankruptcy Act applies, I do not think that the word “settlement” in s. 60(1) [now s. 91] of that statute should be given a restricted meaning. The respondent argues that the designation of the wife as beneficiary of the policy was not a disposition of property because she would acquire no property rights in or benefit from the policy, unless and until the prior death of the bankrupt. I think it would be more accurate to say the wife’s rights are contingent on the death of her husband. But the definition of property in s. 2(o) of the Bankruptcy Act, which is in the widest terms, includes “every description of estate, interest and profit, present or future, vested or *contingent*, in, arising out of, or incident to property” Moreover, the circumstance that the wife’s contingent interest in the policy may be divested by the designation of a different beneficiary does not derogate from the fact that she has an interest until there is divestiture. [Italics added by Jessup J.A.]

He thus concluded that the beneficiary designation in question, having been made when the bankrupt

bénéficiaire du FERR. Cette approche, qui est particulière aux régimes d’assurance-vie, reposait sur la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Re Geraci* (1970), 14 C.B.R. (N.S.) 253. Dans cette affaire, à un moment où le failli en cause était clairement insolvable, ce dernier avait désigné son épouse à titre de bénéficiaire d’une police d’assurance-vie dont la valeur de rachat nette s’élevait à 9 000 \$. La désignation avait eu pour effet d’exempter l’assurance des mesures d’exécution ou de saisie. Le syndic a demandé un jugement déclarant que la désignation de la bénéficiaire lui était inopposable en vertu du premier volet (c.-à-d. le «volet de l’insolvabilité») de ce qui est maintenant le par. 91(2) *LFI*. S’exprimant pour la cour, le juge Jessup a fait le raisonnement suivant, aux pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] Je suis d’avis qu’il se dégage de la jurisprudence et de la doctrine une définition selon laquelle le mot «disposition», dans son sens ordinaire, s’entend de la disposition d’un bien qui sera détenu — soit dans sa forme originale, soit dans une forme permettant d’en suivre la trace — pour le bénéfice d’une autre personne, et selon laquelle la désignation du bénéficiaire d’une police d’assurance constitue une telle disposition . . . Compte tenu du large éventail de situations visées par la Loi sur la faillite, je ne crois pas qu’il convienne de donner un sens restrictif au mot «disposition» figurant au par. 60(1) [maintenant l’art. 91] de cette loi. L’intimé prétend que la désignation de l’épouse à titre de bénéficiaire de la police n’était pas une disposition de biens étant donné que l’épouse n’allait acquérir les droits de propriété sur la police ou profiter des bénéfices découlant de celle-ci que si le failli décédait avant elle. Je crois qu’il serait plus juste de dire que les droits de l’épouse sont subordonnés au décès de son époux. Cependant, la définition du mot biens à l’al. 2o) de la Loi sur la faillite, qui est exprimée en termes très généraux, vise notamment «toute espèce de droits, d’intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou *éventuels*, dans des biens, ou en provenant ou s’y rattachant». . . . De plus, même si l’épouse peut se voir privée de son intérêt éventuel dans la police en cas de désignation d’un bénéficiaire différent, cela ne change rien au fait qu’elle continue d’avoir cet intérêt tant que pareille modification de la désignation ne survient pas. [Les italiques sont du juge Jessup.]

Le juge Jessup a donc conclu que, comme la désignation du bénéficiaire avait été faite à l’époque où

was insolvent, was void against the trustee in bankruptcy.

This reasoning appealed to Jackson J.A., and has been followed by several courts: *Re Douyon* (1982), 134 D.L.R. (3d) 324 (Que. Sup. Ct.); *Re MacDonald* (1991), 21 C.B.R. (3d) 211 (Alta. Q.B.); *Re Yewdale* (1995), 30 C.B.R. (3d) 194 (B.C.S.C.). I too find it persuasive. It is also significant that the *BIA* was amended in 1992 to include a definition of "settlement" as follows:

2. . . .
 "settlement" includes a contract, covenant, transfer, gift and designation of beneficiary in an insurance contract, to the extent that the contract, covenant, transfer, gift or designation is gratuitous or made for merely nominal consideration; [Emphasis added.]

(*Act to Amend the Bankruptcy Act*, S.C. 1992, c. 27, s. 3(2))

This definition was not in force when the circumstances of the instant appeal arose (in fact, between 1949 and 1992, there was no statutory definition of settlement in *BIA*). However, in light of *Geraci* and the cases following it, I think that a jurisprudential consensus has emerged that the designation of a beneficiary under a life insurance policy constitutes a s. 91 settlement. The new statutory definition reflects this consensus. On this basis, I agree with Jackson J.A. that Dr. Ramgotra effected a settlement triggering s. 91.

After concluding that the designation of Mrs. Ramgotra as beneficiary of Dr. Ramgotra's RRIF was a s. 91 settlement, Jackson J.A. turned to the second branch of s. 91(2), and inquired as to whether Dr. Ramgotra's interest in the settled property passed at the time of settlement. The settlement would only be void against the trustee in bankruptcy if Dr. Ramgotra's interest had not passed. This raised the perplexing issue of which "interest" should be considered in relation to the property passing requirement: Dr. Ramgotra's present interest in the RRIF itself, which certainly did

le failli était insolvable, elle était inopposable au syndic.

Ce raisonnement, qui a plu au juge Jackson, a été suivi par de nombreux tribunaux: *Re Douyon* (1982), 134 D.L.R. (3d) 324 (C. sup. Qué.); *Re MacDonald* (1991), 21 C.B.R. (3d) 211 (B.R. Alb.); *Re Yewdale* (1995), 30 C.B.R. (3d) 194 (C.S.C.-B.). Je le trouve moi aussi convaincant. Autre fait significatif, la *LFI* a été modifiée en 1992 afin d'y inclure la définition suivante de «disposition»:

2. . . .
 «disposition» S'entend notamment des contrats, conventions, transferts, donations et désignations de bénéficiaires aux termes d'une police d'assurance faits à titre gratuit ou pour un apport purement nominal. [Je souligne.]

(*Loi modifiant la Loi sur la faillite*, L.C. 1992, ch. 27, par. 3(2))

Cette définition n'était pas en vigueur lorsque sont survenus les faits ayant donné naissance au présent pourvoi (de fait, entre 1949 et 1992, la *LFI* ne renfermait aucune définition du mot «disposition»). Toutefois, à la lumière de l'arrêt *Geraci* et des décisions qui l'ont suivi, je crois qu'il s'est établi, dans la jurisprudence, un consensus que la désignation d'un bénéficiaire aux termes d'une police d'assurance constitue une disposition au sens de l'art. 91. La nouvelle définition ajoutée à la Loi reflète ce consensus. Pour ce motif, je conviens avec le juge Jackson que le Dr Ramgotra a fait une disposition qui a déclenché l'application de l'art. 91.

Après avoir conclu que la désignation de Mme Ramgotra à titre de bénéficiaire du FERR du Dr Ramgotra était une disposition au sens de l'art. 91, le juge Jackson a appliqué le second volet du par. 91(2) et s'est demandée si les intérêts du Dr Ramgotra dans le bien dont il avait été disposé avaient cessé lorsque fut faite la disposition. Celle-ci n'était en effet inopposable au syndic que si les intérêts du Dr Ramgotra n'avaient pas cessé, ce qui soulevait la question complexe de savoir quels sont les «intérêts» qui devaient être pris en considération dans l'application de la condition relative au

not pass at the time of settlement, or the future contingent interest which he had obviously passed to Mrs. Ramgotra when she became his beneficiary? (For a general discussion of this controversial issue, see David J. McKee, "Debtor-Creditor Issues Affecting Annuity Contracts" (1993), 12 *Est. & Tr. J.* 247, at pp. 272-78, and Norwood and Weir, *Norwood on Life Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1993), at pp. 253-56.)

transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés: s'agissait-il des intérêts actuels du D^r Ramgotra dans le FERR lui-même, qui n'avaient certainement pas cessé lorsque fut faite la disposition, ou des intérêts futurs et éventuels que le D^r Ramgotra avait manifestement transférés à son épouse lorsqu'elle est devenue sa bénéficiaire? (Pour une analyse générale de cette question controversée, voir David J. McKee, «Debtor-Creditor Issues Affecting Annuity Contracts» (1993), 12 *Est. & Tr. J.* 247, aux pp. 272 à 278, et Norwood et Weir, *Norwood on Life Insurance Law in Canada* (2^e éd. 1993), aux pp. 253 à 256.)

34

Before this Court, the parties focused their submissions on the property passing issue. This was not surprising, as Jackson J.A. wrote substantial reasons justifying her conclusion that the relevant property interest was the future contingent interest which had passed to Mrs. Ramgotra. Jackson J.A.'s position was in direct conflict with the decision in *Re MacDonald, supra*. The difficulty with Jackson J.A.'s position is that it does violence to the distinction which s. 91(2) requires to be made between *in futuro* and immediate transfers of property. The settlement of a contingent and revocable future interest in RRIF funds is an *in futuro* settlement, i.e., the settlor's interest in the property does not pass at the moment of the settlement. If the settlement of a contingent and revocable future interest were considered an immediate transfer of property, as Jackson J.A. proposes, it is difficult to imagine what sort of settlement of future property could not be so described.

Devant notre Cour, les parties ont fait porter l'essentiel de leurs arguments sur la question du transfert de la propriété des intérêts dans les biens visés. Cela n'est guère étonnant compte tenu du fait que le juge Jackson a rédigé de longs motifs à l'appui de sa conclusion que l'intérêt de propriété pertinent était l'intérêt futur et éventuel transmis à M^{me} Ramgotra. La position du juge Jackson allait directement à l'encontre de la décision rendue dans l'affaire *Re MacDonald*, précitée. Le problème que soulève la position du juge Jackson est que sa position fait violence à la distinction qui, en application du par. 91(2), doit être faite entre les transferts immédiats de biens et ceux faits *in futuro*. La disposition d'un intérêt futur éventuel et révocable dans les fonds d'un FERR est une disposition *in futuro*, c.-à-d. une disposition n'ayant pas pour effet, lorsqu'elle est faite, de faire cesser les intérêts du disposant dans le bien en question. Si la disposition d'un intérêt futur éventuel et révocable était considérée comme étant un transfert immédiat de biens, comme le propose le juge Jackson, il est difficile d'imaginer quelle sorte de disposition d'un intérêt futur pourrait échapper à cette description.

35

Since the designation of a beneficiary was an *in futuro* settlement made within the five years prior to Dr. Ramgotra's bankruptcy, it is void against the trustee, pursuant to s. 91(2). However, this does not mean that the RRIF funds may be distributed to the creditors of the estate. For the reasons given below, the exempt status of the life-assured RRIF remains in effect under provincial law so as

Comme la désignation d'une bénéficiaire était une disposition *in futuro* faite au cours des cinq années précédant la faillite du D^r Ramgotra, elle est inopposable au syndic, conformément au par. 91(2). Toutefois, cela ne signifie pas que les fonds du FERR peuvent être attribués aux créanciers de la faillite. Pour les motifs qui suivent, la qualité de bien exempt du FERR comportant une assurance-

to block the creditors' claims. Before explaining why this is so, I will examine the fourth approach to the problem raised in the instant case.

- (iv) Where property is exempt from execution or seizure by creditors, pursuant to s. 67(1)(b) BIA, then its exempt status prevails over the fact that it became exempt as a result of a voidable settlement (the "Geraci (trial) approach")

Dr. Ramgotra argued forcefully in his submissions that since his RRIF was an exempt property under *The Saskatchewan Insurance Act*, and since this exemption is incorporated into the *BIA* by s. 67(1)(b), then it should be irrelevant that the funds in the RRIF were settled when his wife was designated as the beneficiary. In essence, Dr. Ramgotra urged this Court to hold that the exemption provision of the Act should be given effect regardless of s. 91.

Support for Dr. Ramgotra's submission can be found in the judgment of Houlden J. in the trial decision in *Re Geraci* (1969), 13 C.B.R. (N.S.) 86 (Ont. S.C.) (a judgment later overturned by the Ontario Court of Appeal, as discussed above). Houlden J. began by confirming that the designation of a beneficiary under a life insurance policy is a settlement within the *BIA*. He then observed that by reason of the beneficiary designation, the policy itself was exempt from execution or seizure by creditors pursuant to s. 162(2) of *The Insurance Act*, R.S.O. 1960, c. 190 (re-enacted by S.O. 1961-62, c. 63, s. 4) (now s. 196(2) of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8). He construed the effect of the exemption as follows, at pp. 92-93:

... I believe on a close examination of s. 162(2) that it is the clear intention of the section to make the policy

vie demeure valide sous le régime des lois provinciales applicables, bloquant ainsi les réclamations des créanciers. Avant d'expliquer pourquoi il en est ainsi, je vais examiner la quatrième approche du problème soulevé par le présent pourvoi.

- (iv) Lorsque, conformément à l'al. 67(1)b) LFI, le bien en cause est exempt d'exécution ou de saisie par les créanciers, sa qualité de bien exempt l'emporte alors sur le fait qu'il a acquis cette qualité par suite d'une disposition inopposable (l'«approche Geraci (première instance)»)

Dans son argumentation, le D^r Ramgotra a plaidé avec vigueur que, comme son FERR est un bien exempt sous le régime de *The Saskatchewan Insurance Act* et que cette exemption est incorporée dans la *LFI* par l'al. 67(1)b), le fait qu'il y a eu disposition des fonds du FERR au moment de la désignation de son épouse à titre de bénéficiaire ne devrait avoir aucune pertinence. Essentiellement, le D^r Ramgotra exhorte notre Cour de conclure que les dispositions de la Loi qui concernent les exemptions produisent leurs effets malgré l'art. 91.

La prétention du D^r Ramgotra trouve appui dans la décision rendue, en première instance, par le juge Houlden dans *Re Geraci* (1969), 13 C.B.R. (N.S.) 86 (C.S. Ont.) (décision par la suite infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, voir la discussion qui précède). Le juge Houlden a d'abord confirmé que la désignation d'un bénéficiaire aux termes d'une police d'assurance-vie est une disposition au sens de la *LFI*. Il a ensuite souligné que, du fait de cette désignation, la police elle-même était exempte d'exécution ou de saisie par les créanciers conformément au par. 162(2) de *The Insurance Act*, R.S.O. 1960, ch. 190 (réédité par S.O. 1961-62, ch. 63, art. 4) (maintenant le par. 196(2) de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8). Il a interprété ainsi l'effet de l'exemption, aux pp. 92 et 93:

[TRADUCTION] ... je crois qu'il ressort d'un examen attentif du par. 162(2) que cette disposition vise claire-

36

37

immune from attack by creditors while the wife is designated as beneficiary.

In my opinion, s. 162(2) has been drafted to provide for the group of persons who were formerly called "preferred beneficiaries". It is now possible to name a person who would formerly have been a preferred beneficiary and at the same time, if the designation is not irrevocable, to retain the right to borrow against, surrender or otherwise deal with the policy, but in my view, the Legislature by the wording of s. 162(2) has made it plain that the policy, while such a designation is in effect, is not to be "exigible for the benefit of (his) creditors": see Mulock C.J.O., in *Royal Bank of Canada v. Dumart*, [1932] O.R. 661 (C.A.).

Houlden J. recognized that some injustice would result from giving precedence to the exempt status of the life insurance policy. For example, an insolvent debtor could convert all his or her assets into cash, purchase a life insurance policy, and render it exempt from seizure by designating a family member as beneficiary. However, he wrote at p. 94:

At the present time, if my interpretation of The Insurance Act is correct, the Legislature had decided that an insurance policy coming within s. 157(1) or s. 162(2) is not available to creditors and, in my opinion, there is good moral justification for this position. Insurance is a very different asset from say a house or an automobile . . . It is purchased to provide for the dependants of the insured and it is ordinarily paid for in small amounts over the insured's lifetime. I believe there are very good reasons for exempting policies of insurance from seizure . . .

38

Houlden J.'s reasons in *Geraci* largely repeat the view he expressed in an earlier article, "Life Insurance Contracts in Ontario" (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 113, at p. 115:

If a [beneficiary] designation is made in favour of a spouse, child, grandchild or parent of a person whose life is insured, the rights and interests of the insured in

ment à mettre la police d'assurance à l'abri des attaques des créanciers tant que la conjointe en est la bénéficiaire désignée.

À mon avis, le par. 162(2) a été conçu pour pourvoir aux besoins des personnes qui étaient auparavant appelées «bénéficiaires privilégiés». Il est maintenant possible de désigner une personne qui, auparavant, aurait été un bénéficiaire privilégié, tout en maintenant, si la désignation n'est pas irrévocable, le droit d'emprunter sur la police, de la céder ou de l'aliéner d'une autre façon. Toutefois, je suis d'avis que, en adoptant le libellé du par. 162(2), la législature a clairement indiqué que tant qu'une telle désignation est en vigueur la police n'est pas «exigible pour le bénéfice de (ses) créanciers»: voir le juge en chef Mulock de l'Ontario dans *Royal Bank of Canada c. Dumart*, [1932] O.R. 661 (C.A.).

Le juge Houlden a reconnu que le fait d'accorder la préséance à la qualité de bien exempt de la police d'assurance-vie créerait une certaine injustice. Par exemple, un débiteur insolvable pourrait convertir en argent la totalité de son actif, acheter une police d'assurance-vie et rendre ce bien exempt de saisie en désignant un membre de sa famille à titre de bénéficiaire. Le juge Houlden a cependant écrit ceci, à la p. 94:

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, si mon interprétation de *The Insurance Act* est juste, la législature a décidé qu'une police d'assurance visée par le par. 157(1) ou le par. 162(2) ne peut être réclamée par les créanciers; à mon avis, cette position repose sur une excellente justification morale. En effet, l'assurance est un élément d'actif très différent d'une maison ou d'une automobile par exemple . . . L'assuré achète une assurance pour pourvoir aux besoins des personnes à sa charge et, en général, cette assurance est payée au moyen de petits versements faits pendant toute la vie de l'assuré. Je crois qu'il y a de très bonnes raisons de soustraire les polices d'assurance aux saisies . . .

Dans ses motifs dans *Geraci*, le juge Houlden a repris en grande partie l'opinion qu'il avait exprimée dans un article rédigé auparavant et intitulé «Life Insurance Contracts in Ontario» (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 113, à la p. 115:

[TRADUCTION] Si une désignation [à titre de bénéficiaire] est faite en faveur d'un conjoint, d'un enfant, d'un petit-enfant ou du père ou de la mère de la per-

the insurance money and in the contract are exempt from execution or seizure (s. 162(2)). Even if the designation of such a beneficiary is not irrevocable, a trustee in bankruptcy cannot deal with such a policy because the rights and interests of the insured are declared to be exempt from execution and seizure and by s. 39(b) [now s. 67(1)(b)] of the Bankruptcy Act property of a bankrupt does not include property which is exempt from execution or seizure. It would seem that s. 162(2) is drawn with s. 39(b) in mind as it uses the identical wording of s. 39(b).

On appeal, Jessup J.A. rejected Houlden J.'s construction of the exemption and settlement provisions of the *BIA*, arguing at p. 258:

If a settlement of property which comes within s. 60(1) [now s. 91(1)] of the Bankruptcy Act, both as to substance and as to time, is none the less to be taken as exempt, by virtue of s. 39(b), from the claims of a bankrupt's creditors merely because it would enjoy that exemption under provincial law apart from s. 60(1), the result would be to make s. 60(1) completely nugatory. I cannot conceive that to have been the intent of Parliament. The proper rule of construction is to harmonize all sections of an enactment and this is achieved in the present case by applying s. 39(b) in the light of s. 60(1) and not despite s. 60(1). I would, therefore, hold that property settled by a bankrupt within a year before his bankruptcy includes property rendered exempt from execution or seizure, under the laws of the relevant province, as a result of the settlement. [Emphasis added.]

Jessup J.A.'s reasoning was expressly rejected in preference to that of Houlden J. by the British Columbia Supreme Court in *Re Sykes* (1993), 18 C.B.R. (3d) 148. Meredith J. noted, at para. 19, that Jessup J.A.'s reasons in *Geraci*

... seems ... to tag onto s. 167(b) [sic] words such as "unless the disposition of the property referred to amounts to a settlement referred to in s. 91". That comes close to judicial legislation.

sonne assurée, les droits et intérêts de l'assuré dans les sommes assurées et dans le contrat ne peuvent faire l'objet ni d'exécution ni de saisie (par. 162(2)). Même si la désignation de ce bénéficiaire n'est pas irrévocable, le syndic ne peut rien faire à l'égard de cette police parce que les droits et intérêts de l'assuré sont déclarés exempts d'exécution ou de saisie, et que, aux termes de l'al. 39b) [maintenant l'al. 67(1)b)] de la Loi sur la faillite, les biens d'un failli ne comprennent pas les biens qui sont exempts d'exécution ou de saisie. Il semble que le par. 162(2) ait été rédigé à la lumière de l'al. 39b) puisqu'il emploie un libellé identique à celui-ci.

En appel, le juge Jessup a rejeté l'interprétation qu'avait donnée le juge Houlden des articles de la *LFI* concernant les exemptions et les dispositions, faisant valoir les motifs suivants à la p. 258:

[TRADUCTION] Si une disposition de biens entrant dans le champ d'application du par. 60(1) [maintenant le par. 91(1)] de la Loi sur la faillite, et ce tant en ce qui concerne la nature de cette disposition que le moment où elle a été effectuée, doit néanmoins être considérée, en vertu de l'al. 39b), comme étant à l'abri des réclamations des créanciers du failli du seul fait qu'elle jouirait de cette exemption sous le régime des lois provinciales indépendamment du par. 60(1), cela aurait pour effet de rendre le par. 60(1) tout à fait inefficace. Je ne peux imaginer que le Parlement ait pu avoir une telle intention. La règle d'interprétation qui s'applique est celle qui veut que l'on interprète en harmonie toutes les dispositions d'un texte de loi, objectif qui est atteint dans la présente affaire si on applique l'al. 39b) à la lumière du par. 60(1) et non en dépit de celui-ci. Je conclus par conséquent que les biens dont le failli dispose au cours de l'année qui précède sa faillite comprennent les biens qui, par suite d'une disposition, sont devenus exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois de la province en cause. [Je souligne.]

Le raisonnement du juge Jessup a été expressément écarté au profit de celui du juge Houlden par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Sykes* (1993), 18 C.B.R. (3d) 148. Le juge Meredith a souligné, au par. 19, que les motifs du juge Jessup dans *Geraci*

[TRADUCTION] ... semblent ... ajouter à l'al. 167b) [sic] des mots comme «sauf si la disposition des biens en cause équivaut à une disposition visée à l'art. 91». Cela tient du droit prétorien.

Meredith J. was not prepared to go that route, and instead concluded that the exempt status of the life insurance policy in question was conclusive in that it was not available for seizure by creditors, even though it became exempt as a result of a voidable settlement (see also, *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Meltzer* (1991), 6 C.B.R. (3d) 1 (Man. Q.B.), which adopted Houlden J.'s construction of the exemption provisions of the *BIA*).

Le juge Meredith n'était pas disposé à suivre cette voie. Il a plutôt statué que la qualité de bien exempt dont bénéficiait la police d'assurance-vie en question permettait de conclure que les créanciers ne pouvaient la saisir, même si l'exemption résultait d'une disposition inopposable (voir également *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Meltzer* (1991), 6 C.B.R. (3d) 1 (B.R. Man.), où la cour a adopté l'interprétation donnée par le juge Houlden des articles de la *LFI* concernant les exemptions).

41

The debate between Houlden J. and Jessup J.A. in *Geraci*, which was taken up by Meredith J. in *Sykes*, was premised on the view that ss. 67(1)(b) and 91 *BIA* were in conflict. As Michael J. McCabe stated in his article, "Execution Against an R.R.S.P." (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 218, at p. 234:

Le débat entre les juges Houlden et Jessup dans *Geraci*, qu'a relancé le juge Meredith dans *Sykes*, prenait pour acquis qu'il y a conflit entre l'al. 67(1)(b) et l'art. 91 *LFI*. Comme l'a écrit Michael J. McCabe dans son article intitulé «Execution Against an R.R.S.P.» (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 218, à la p. 234:

The issue, simply stated, is which takes precedence, the exemption provision of s. 67 incorporating the provincial exemptions or the settlement provision of s. 91.

[TRADUCTION] Exprimée simplement, la question est de savoir lequel, de l'art. 67 qui incorpore les exemptions provinciales, ou de l'art. 91 qui concerne les dispositions, a préséance.

In resolving this issue, both Houlden J. and Jessup J.A. undertook a "lesser of two evils" -type analysis. Houlden J. preferred to give effect to s. 67(1)(b) over s. 91, to avoid the result that every designation of a beneficiary under a life insurance policy, made within one year of bankruptcy (or within five years if the designation was made when the debtor was insolvent, or if the property interest of the debtor did not pass when the beneficiary was designated), would be voidable. He thought that instances in which such a designation would be made for the purpose of defeating creditors would be rare, and that "it is better to permit injury to the creditors [in those rare cases] than to inflict the undoubted hardship of the forfeiture of a life's investment" (at p. 94). Jessup J.A. reached the opposite conclusion, because Houlden J.'s interpretation of s. 67(1)(b) would render s. 91 "completely nugatory". Nevertheless, Jessup J.A. added, at p. 259:

Pour résoudre cette question, les juges Houlden et Jessup se sont tous deux lancé dans une analyse visant à trouver la solution constituant «le moindre mal». Le juge Houlden a préféré donner préséance à l'al. 67(1)(b) sur l'art. 91, afin d'éviter que toutes les désignations de bénéficiaires aux termes de polices d'assurance-vie faites au cours de l'année précédant la faillite (ou des cinq années qui précèdent la faillite si la désignation a été faite lorsque le débiteur était insolvable, ou si les intérêts de propriété du débiteur n'ont pas cessé lorsque fut faite la désignation) soient inopposables. Il croyait que les cas où une telle désignation serait faite dans le but de frustrer des créanciers seraient rares et qu'[TRADUCTION] «il est préférable de permettre que les créanciers subissent un préjudice [dans ces rares cas] plutôt que d'infliger l'épreuve indubitable que constitue la perte d'un placement de toute une vie» (à la p. 94). Le juge Jessup a tiré la conclusion contraire, pour le motif que l'interprétation donnée par le juge Houlden de l'al. 67(1)(b) rendrait l'art. 91 «tout à fait inefficace». Le juge Jessup a néanmoins ajouté ceci, à la p. 259:

It does seem unjust that moneys paid in good faith over a period of years to secure a man's wife and children should be available to his creditors . . .

He then suggested a legislative amendment to avoid this result.

If I had to choose between the approaches of Houlden J. and Jessup J.A., then I would prefer that of Houlden J. for two reasons. First, I think that Jessup J.A. exaggerated the impact on s. 91 of Houlden J.'s construction, since settlements which change the status of property from non-exempt to exempt are only a portion of the settlements subject to s. 91. Houlden J.'s position certainly does not render s. 91 "completely nugatory", as stated by Jessup J.A. at p. 258. Second, Jessup J.A.'s interpretation of s. 67(1)(b) clearly favours the interests of creditors over the rehabilitation interest of the bankrupt settlor. The Act itself provides no indication that this should be so in the circumstances presented by the instant case, or *Geraci*. I do not believe that Parliament intended the funds in exempt life insurance plans to be subject to execution and seizure by creditors, simply on the basis that a settlement occurred when a beneficiary was designated. After all, it is the designation which makes the asset exempt under the provincial legislation incorporated into s. 67(1)(b). Are we really to believe that Parliament intended the very act which renders an asset exempt to be the cause of its losing its exempt status? I do not think so. Like Houlden J., I think that it would be preferable to respect the exempt status of a life insurance policy, even where the policy became exempt as a result of a s. 91 settlement.

In any event, I reject the view that ss. 67(1)(b) and 91 *BIA* are in conflict, and that the resolution of the case at bar requires me to choose one provision over the other on the basis of policy considerations. In fact, I think that it is possible to rec-

[TRANSDUCTION] Il semble effectivement injuste de permettre que des sommes d'argent versées de bonne foi pendant des années par un homme pour pourvoir aux besoins de son épouse et de ses enfants soient disponibles pour ses créanciers . . .

Il a alors proposé une modification à la loi en vue d'éviter pareil résultat.

Si j'avais à choisir entre l'approche du juge Houlden et celle du juge Jessup, j'opterais pour celle du juge Houlden et ce pour deux raisons. Premièrement, je crois que le juge Jessup a exagéré l'impact sur l'art. 91 de l'interprétation du juge Houlden, puisque les dispositions qui ont pour effet de rendre exempt un bien qui ne l'est pas ne forment qu'une partie des dispositions visées par l'art. 91. La position du juge Houlden ne rend certainement pas l'art. 91 «tout à fait inefficace», comme l'a affirmé le juge Jessup, à la p. 258. Deuxièmement, l'interprétation qu'a faite ce dernier de l'al. 67(1)(b) favorise clairement les intérêts des créanciers plutôt que l'objectif de réhabilitation du disposant failli. La Loi elle-même ne renferme aucune indication qu'il devrait en être ainsi dans les circonstances de l'espèce ou dans celles de l'affaire *Geraci*. Je ne crois pas que le législateur entendait que les sommes se trouvant dans des régimes d'assurance-vie exempts puissent faire l'objet de mesures d'exécution ou de saisie par les créanciers, simplement parce qu'il y a disposition lorsqu'un bénéficiaire est désigné. Après tout, c'est la désignation qui rend le bien exempt sous le régime de la loi provinciale incorporée dans l'al. 67(1)(b). Devons-nous vraiment croire que le législateur entendait que l'acte même par lequel un bien devient exempt soit en même temps la cause de la perte de cette qualité? Je ne le crois pas. À l'instar du juge Houlden, j'estime qu'il serait préférable de respecter la qualité de bien exempt des polices d'assurance-vie, même lorsqu'elles ont acquis cette qualité par suite d'une disposition visée à l'art. 91.

Quoi qu'il en soit, je ne suis pas d'accord avec l'opinion qu'il y a incompatibilité entre l'al. 67(1)(b) et l'art. 91 *LFI* et que, pour résoudre la présente affaire, je dois choisir un article au dépens de l'autre en me fondant sur des considérations de

oncile the two provisions by giving effect to their distinct terms, and by recognizing their distinct roles in bankruptcy.

3. *The Preferred Approach to the Problem in the Case at Bar*

- (v) Even if a settlement which creates an exempt asset is void against the trustee in bankruptcy under s. 91, the exempt status of the asset under provincial law remains in effect to block the claims of creditors

44

In reconciling ss. 67(1)(b) and 91 *BIA*, it is important to remember that the general scheme through which a bankrupt's estate is divided by the trustee among creditors involves two distinct stages. First, the Act provides that an insolvent person "may make an assignment of all his property for the general benefit of his creditors" (s. 49(1)), or that creditors "may file in court a petition for a receiving order against a debtor" (s. 43(1)). At the time of the assignment or receiving order, the trustee in bankruptcy is obligated to take possession of the assets forming the estate of the bankrupt. Thus, by operation of s. 71(2), the bankrupt's property passes to and vests in the trustee:

71. . . .

(2) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

Section 16(3) *BIA* imposes a duty on the trustee to "take possession of the deeds, books, records and documents and all property of the bankrupt and make an inventory . . ." Section 158(a) imposes a complimentary duty on the bankrupt to inform the trustee of all his or her property which is in his or her possession or control, and to deliver it to the

politique. En fait, je crois qu'il est possible de concilier les deux articles en donnant effet à leur texte respectif et en reconnaissant les rôles distincts qu'ils jouent en matière de faillite.

3. *L'approche privilégiée à l'égard du problème soulevé en l'espèce*

- (v) Même si une disposition ayant pour effet de créer un bien exempt est inopposable au syndic en vertu de l'art. 91, l'exemption reconnue à ce bien par la loi provinciale demeure valide et écarte les réclamations des créanciers

Lorsqu'on réconcilie l'al. 67(1)(b) et l'art. 91 *LFI*, il est important de se rappeler que le mécanisme général par lequel le patrimoine du failli est partagé par le syndic entre les créanciers comporte deux étapes distinctes. Premièrement, aux termes de la Loi, une personne insolvable «peut faire une cession de tous ses biens au profit de ses créanciers en général» (par. 49(1)), ou les créanciers «peuvent déposer au tribunal une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre contre un débiteur» (par. 43(1)). Au moment de la cession ou de l'ordonnance de séquestre, le syndic est tenu de prendre possession des biens qui forment le patrimoine du failli. Ainsi, par l'effet du par. 71(2), les biens du failli passent et sont dévolus au syndic:

71. . . .

(2) Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel, un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession, ni transfert quelconque.

Aux termes du par. 16(3) *LFI*, le syndic «prend possession des titres, livres, dossiers et documents, ainsi que tous les biens du failli, et dresse un inventaire . . .» L'alinéa 158(a) impose de plus au failli, à titre gracieux, l'obligation de révéler et de remettre au syndic tous ses biens qui sont en sa possession ou sous son contrôle. D'autres disposi-

trustee. Other provisions of the Act elaborate upon the powers, duties and functions of the trustee during the property-passing stage of bankruptcy (see, in particular, ss. 17, 18, 19 and 24 *BIA*).

Once the bankrupt's property has passed into the possession of the trustee, the Act provides the trustee with the power to administer the estate. For example, the trustee may, with the permission of the estate inspectors, sell or dispose of assets (s. 30(1)(a)), lease real property (s. 30(1)(b)), carry on the business of the bankrupt (s. 30(1)(c)), or divide certain property among the creditors (s. 30(1)(j)). The ultimate purpose of these administrative powers is to manage the estate, in order to provide equitable satisfaction of the creditor's claims. This, then, is the estate-administration stage of bankruptcy, one distinct aspect of which is the distribution of the estate among creditors.

During the property-passing stage of bankruptcy, the trustee is empowered under s. 91 of the Act to set aside certain settlements which have reduced the size of the estate. Thus, s. 91 outlines the circumstances in which a settlement will be voidable at the behest of the trustee in bankruptcy. If a settlement is declared void against the trustee, then the settled property reverts back to the bankrupt's estate, and falls into the possession of the trustee in bankruptcy. Several other provisions of the *BIA* have relevance to the property-passing stage. For example, s. 94 renders certain assignments of book debts void against the trustee; s. 98(1) empowers the trustee to take possession of any money or proceeds from the sale of settled property to a third party, where the original settlement was void; and s. 99 dictates that while property acquired by the bankrupt after the bankruptcy vests in the trustee, it may be transferred by the bankrupt to a good faith purchaser, unless the trustee intervenes in the transaction (in which case the transaction is void against the trustee).

After-acquired property is also dealt with in s. 68, which constitutes a complete code in respect of a bankrupt's salary, wages or other remuneration. The provision stipulates that after-acquired remu-

tions de la Loi précisent les fonctions, pouvoirs et obligations du syndic à l'étape de la passation des biens du failli (voir en particulier les art. 17, 18, 19 et 24 *LFI*).

Une fois que les biens du failli sont passés en la possession du syndic, la Loi habilite ce dernier à administrer le patrimoine. Ainsi, avec la permission des inspecteurs, le syndic peut vendre ou aliéner des biens (al. 30(1)a)), donner à bail des biens immeubles (al. 30(1)b)), continuer le commerce du failli (al. 30(1)c)), ou partager certains biens parmi les créanciers (al. 30(1)j)). Ces pouvoirs d'administration visent en définitive à faire en sorte que l'actif soit géré de façon à permettre le règlement équitable des réclamations des créanciers. Il s'agit de l'étape de l'administration du patrimoine du failli, dont l'un des aspects est l'attribution de l'actif aux créanciers.

Durant l'étape de la passation des biens du failli au syndic, ce dernier est habilité, en vertu de l'art. 91 de la Loi, à annuler certaines dispositions qui ont eu pour effet de réduire la taille du patrimoine. L'article 91 énonce donc les circonstances dans lesquelles une disposition sera annulable à la demande du syndic. Si une disposition est déclarée inopposable au syndic, les biens dont il a été disposé sont retournés au patrimoine du failli et le syndic en prend possession. Plusieurs autres dispositions de la *LFI* s'appliquent à l'étape de la passation des biens au syndic. Par exemple, l'art. 94 rend inopposables au syndic certaines cessions de créances comptables; le par. 98(1) habilite le syndic à prendre possession des sommes d'argent ou autre produit de la vente de biens dont il a été disposé en faveur d'un tiers lorsque la disposition initiale était nulle; et l'art. 99 prévoit que, même si les biens acquis par le failli après la faillite sont dévolus au syndic, ils peuvent néanmoins être transférés par le failli à un acheteur de bonne foi, sauf si le syndic intervient (auquel cas l'opération lui est inopposable).

Il est également question des biens acquis après la faillite à l'art. 68, lequel forme un code complet relativement au traitement, salaire ou autre forme de rémunération que reçoit le failli. Aux termes de

45

46

47

neration will not pass to and vest in the trustee unless the trustee intervenes by applying for a court order directing the payment of the remuneration (or a portion of it) to the trustee (*Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765, at p. 794). Where the trustee obtains such a court order, then the remuneration which passes into his or her possession is also divisible among creditors, even if it would otherwise be exempt from execution or seizure under provincial law. This is because s. 68 operates “notwithstanding section 67(1)”, with the result that a provincial exemption for remuneration which would otherwise be incorporated into s. 67(1)(b) is ineffective: *Marzetti*, at pp. 792-93 and 795. I note that Parliament considered it necessary to exclude explicitly after-acquired remuneration from the operation of s. 67(1)(b), thereby overriding the exempt status of the remuneration under provincial law, in order to ensure that in those circumstances where such remuneration passed to the trustee, it was also divisible among creditors. This supports the view that absent a specific override of s. 67(1)(b), exempt property which passes to and vests in the trustee, whether as a result of ss. 71(2) or 91, will not be divisible among creditors.

48

Unlike provisions of the Act such as ss. 71(2), 91 or 68, s. 67(1) tells us nothing about the property-passing stage of bankruptcy. Instead, it relates to the estate-administration stage by defining which property in the estate is available to satisfy the claims of creditors. It effectively constitutes a direction to the trustee regarding the disposition of property. Thus, property which is divisible among creditors is defined very broadly in s. 67(1) as:

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

cet article, la rémunération reçue après la faillite ne passe et n'est dévolue au syndic que s'il intervient en demandant au tribunal de rendre une ordonnance portant que lui soit payée cette rémunération (ou une partie de celle-ci) (*Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765, à la p. 794). Lorsque le syndic obtient une telle ordonnance du tribunal, la rémunération qui passe alors en sa possession fait également partie du patrimoine attribué aux créanciers, même si elle serait par ailleurs exempte d'exécution ou de saisie sous le régime de la loi provinciale applicable. Il en est ainsi parce que l'art. 68 s'applique «[n]onobstant l'article 67(1)», de sorte que l'exemption provinciale applicable à la rémunération et qui serait autrement incorporée à l'al. 67(1)(b) est inopérante: *Marzetti*, aux pp. 792, 793 et 795. Je souligne que le législateur a jugé nécessaire d'exclure explicitement la rémunération acquise après la faillite du champ d'application de l'al. 67(1)(b), écartant ainsi la qualité de bien exempt reconnue à la rémunération par les lois provinciales, pour faire en sorte que, dans les cas où cette rémunération passe au syndic, elle soit également attribuée aux créanciers. Cela vient étayer l'opinion voulant que, en l'absence de dérogation expresse à l'al. 67(1)(b), les biens exempts qui passent et sont dévolus au syndic, par l'application soit du par. 71(2) soit de l'art. 91, ne feront pas partie du patrimoine attribué aux créanciers.

Contrairement à d'autres dispositions de la Loi tels le par. 71(2) et les art. 91 et 68, le par. 67(1) ne vise aucunement l'étape de la passation des biens du failli au syndic. Ce paragraphe porte plutôt sur l'étape de l'administration du patrimoine et précise les biens de l'actif qui sont disponibles pour régler les réclamations des créanciers. Il est en fait une directive au syndic sur la façon de disposer des biens visés. En conséquence, les biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers sont décrits en termes très généraux au par. 67(1):

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

However, the trustee is barred from dividing two categories of property among creditors: property held by the bankrupt in trust for another person (s. 67(1)(a)), and property rendered exempt from execution or seizure under provincial legislation (s. 67(1)(b)). While such property becomes part of the bankrupt's estate in the possession of the trustee, the trustee may not exercise his or her estate distribution powers over it by reason of s. 67.

Thus, it can be seen that ss. 91 and 67 relate to two different stages of bankruptcy. Section 91 dictates that certain settled property will fall back into the estate of the bankrupt in the possession of the trustee, while s. 67 is directed at the exercise of administrative powers over the estate by the trustee. Where a settlement is void against the trustee under s. 91, then in normal circumstances, the trustee is empowered to administer the settled asset, and use it to satisfy the claims of creditors. However, in the special case where the asset is exempt under s. 67(1)(b), then the trustee is prohibited from exercising his or her distribution powers because the asset is not subject to division among creditors. This two-stage analysis is similar to the one adopted by Henry J. of the Ontario Supreme Court in *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44. That case was concerned with the issue of whether a trustee in bankruptcy could revoke the designation of a beneficiary under a life insurance plan, and substitute the estate as beneficiary. Although the plan itself was exempt from the *BIA*, the trustee sought to defeat the exemption by exercising a "power" under s. 47(d) [now s. 67(1)(d)]. Henry J. dismissed the trustee's application, and in doing so characterized the effect of the exemption provisions of the Act as follows, at pp. 48-49:

What comes into the hands of the trustee on the occurrence of the bankruptcy are the rights and interests of the insured in the insurance money and in the contract as they stood at the date of the bankruptcy. When that event occurred, those rights and interests were, by s. 170 of The Insurance Act, exempt from execution or seizure. In my opinion, so far as the creditors of the bankrupt are

Cependant, deux catégories de biens ne peuvent être attribués aux créanciers par le syndic: les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne (al. 67(1)a)), et les biens qui sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois de la province concernée (al. 67(1)b)). Même si ces biens deviennent partie du patrimoine du failli en la possession du syndic, ce dernier ne peut, en raison de l'art. 67, exercer sur eux ses pouvoirs d'attribution de l'actif.

Cela permet donc de constater que les art. 91 et 67 régissent deux étapes différentes de la faillite. Alors que l'art. 91 indique que certains biens ayant fait l'objet d'une disposition reviennent dans le patrimoine du failli en la possession du syndic, l'art. 67 porte sur les pouvoirs de nature administrative exercés par ce dernier sur le patrimoine. Lorsque, en vertu de l'art. 91, une disposition est inopposable au syndic, celui-ci est, dans des circonstances normales, habilité à administrer le bien ayant fait l'objet de la disposition et à l'appliquer au règlement des réclamations des créanciers. Cependant, dans les cas particuliers où il s'agit d'un bien exempt en vertu de l'al. 67(1)b), le syndic ne peut alors exercer ses pouvoirs de distribution car le bien ne fait pas partie du patrimoine attribué aux créanciers. Cette analyse à deux volets est semblable à celle adoptée par le juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario dans *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44. Cette affaire portait sur la question de savoir si un syndic peut révoquer la désignation d'un bénéficiaire faite aux termes d'un régime d'assurance-vie et substituer la faillite à titre de bénéficiaire. Même si le régime lui-même était exempt de l'application de la *LFI*, le syndic a cherché à contourner cette exemption en exerçant un «pouvoir» visé à l'al. 47d) [maintenant l'al. 67(1)d)]. Le juge Henry a rejeté la demande du syndic, qualifiant ainsi l'effet des dispositions de la Loi relatives aux exemptions, aux pp. 48 et 49:

[TRADUCTION] En cas de faillite, passent dans les mains du syndic, tels qu'ils étaient à la date de la faillite, les droits et intérêts de l'assuré dans les sommes assurées et dans le contrat. Lorsque cet événement s'est produit en l'espèce, les droits et intérêts en question étaient, conformément à l'art. 170 de l'Insurance Act, exempts d'exécution ou de saisie. À mon avis, en ce qui concerne

concerned, that situation crystallized at the time the bankruptcy occurred, and that property by virtue of s. 47(b) [now s. 67(1)(b)] of the Bankruptcy Act was impressed with its character of not being divisible among the creditors, for all the purposes of the bankruptcy.

I adopt this as a correct statement of the law. Therefore, while an asset which is exempt under provincial law passes into the possession of the trustee at the time of bankruptcy, the exemption itself bars the trustee from dividing the asset among creditors where s. 67(1)(b) is operative.

50

Relating this to the circumstances in the case at bar, at the time of Dr. Ramgotra's bankruptcy application, his property interest in the RRIF passed to and vested in the trustee in bankruptcy by operation of s. 71(2) *BIA*. Mrs. Ramgotra's future contingent interest as the designated beneficiary under the RRIF was not captured by s. 71(2), since it had been settled on her prior to bankruptcy. It was open to the trustee in bankruptcy to apply to have this settlement set aside under s. 91(2) *BIA*. As I noted above, the settlement was void under s. 91(2) and, consequently, Mrs. Ramgotra's future contingent interest passed to and vested in the trustee. The trustee in bankruptcy possessed the complete set of property interests associated with the RRIF. But the trustee could not divide the RRIF among creditors because its exempt status under s. 67(1)(b) *BIA* continued regardless of s. 91. In other words, the role of s. 91 is to bring settled property back into the estate of the bankrupt in the possession of the trustee. Therefore, while s. 91 could be employed to bring Dr. Ramgotra's RRIF fully into the possession of the trustee in bankruptcy, it has no bearing on the issue of whether or not the RRIF is exempt under s. 67(1)(b).

51

The appellant has argued that when a settlement creating an exempt asset has been set aside under s. 91, then the exempt status itself is no longer effective. In other words, the existence of a valid settlement is a logical precondition to the enforce-

les créanciers du failli, cette situation s'est cristallisée au moment où est survenue la faillite, et l'al. 47b) [maintenant l'al. 67(1)b)] de la Loi sur la faillite a eu pour effet de soustraire ces biens du patrimoine attribué aux créanciers pour tout ce qui concerne la faillite.

Je fais mien cet exposé conforme au droit. Par conséquent, même si au moment de la faillite un bien exempt sous le régime des lois provinciales passe en la possession du syndic, l'exemption elle-même empêche ce dernier de partager le bien entre les créanciers lorsque l'al. 67(1)b) s'applique.

Si on applique ce qui précède aux circonstances de l'espèce, au moment où le Dr Ramgotra a présenté sa demande de faillite, son intérêt de propriété dans le FERR est passé et a été dévolu au syndic en application du par. 71(2) *LFI*. L'intérêt futur et éventuel de M^{me} Ramgotra à titre de bénéficiaire désignée aux termes du FERR n'est pas tombé dans le champ d'application du par. 71(2), puisque la disposition de ce bien en faveur de l'épouse avait eu lieu avant la faillite. Il était loisible au syndic de demander l'annulation de cette disposition en vertu du par. 91(2) *LFI*. Comme je l'ai signalé précédemment, la disposition était inopposable aux termes du par. 91(2), et, en conséquence, l'intérêt futur et éventuel de Mme Ramgotra est passé et a été dévolu au syndic, qui est alors entré en possession de tous les intérêts de propriété rattachés au FERR. Par contre, le syndic ne pouvait partager le FERR entre les créanciers puisque ce bien continuait, malgré l'art. 91, d'être exempt en vertu de l'al. 67(1)b) *LFI*. En d'autres termes, l'art. 91 a pour rôle de ramener dans le patrimoine du failli en la possession du syndic les biens ayant fait l'objet d'une disposition. Par conséquent, bien que l'art. 91 puisse être invoqué pour mettre le syndic en pleine possession du FERR du Dr Ramgotra, il n'a aucune incidence sur la question de savoir si le FERR est exempt en vertu de l'al. 67(1)b).

L'appelante a fait valoir que, dans les cas où une disposition ayant pour effet de créer un bien exempt est annulée en vertu de l'art. 91, l'exemption elle-même ne vaut plus. En d'autres termes, l'existence d'une disposition valide est une condi-

ability of a s. 67(1)(b) exemption. This argument found favour in *Re Yewdale*, *supra*, where Tysoe J. stated at p. 204:

While s. 67(1)(b) does provide an exemption for insurance annuities, it cannot be viewed in isolation. An asset can only be properly exempted under s. 67(1)(b) if the transaction creating the asset is valid. If the transaction is void under s. 91 (or any other provision), the exempted asset must be considered to revert to its form prior to the invalid transaction. If its prior form was not an exempted asset, s. 67(1)(b) is not applicable.

With respect, I cannot agree. The effect of s. 91 is to render certain settlements void against the trustee in bankruptcy. However, in the case of a life insurance policy, it must be remembered that what renders it exempt under s. 67(1)(b) is the designation of a beneficiary. According to s. 158(2) of *The Saskatchewan Insurance Act*, the exempt status of the life insurance policy continues so long as the designation is "in effect". To reach the conclusion of Tysoe J. in *Re Yewdale*, I would have to find that the designation in the case at bar is no longer "in effect" for the purpose of preventing distribution of the funds in the RRIF to Dr. Ramgotra's creditors, because the designation "is void against the trustee". However, I do not think that the fact a beneficiary designation is void against the trustee under federal legislation necessarily results in it no longer having effect vis-à-vis the claims of creditors under the provincial legislation which s. 67(1)(b) incorporates. As I stated above, ss. 91 and 67(1)(b) are directed at different stages of bankruptcy, and play different roles. Section 91 assists in identifying the property of the bankrupt which comes into the possession of the trustee, whereas s. 67(1)(b) is relevant in determining the property in the trustee's possession over which he or she may exercise his or her administrative powers. I therefore prefer a construction of ss. 91 and 67(1)(b) which recognizes their distinct roles in bankruptcy, as opposed to a construction which holds one to be a precondition of the other.

tion préalable logique à l'application d'une exemption fondée sur l'al. 67(1)(b). Cet argument a été accepté dans *Re Yewdale*, précité, où le juge Tysoe a déclaré ceci, à la p. 204:

[TRADUCTION] Même si l'al. 67(1)(b) établit une exemption à l'égard des rentes d'assurance, il ne doit pas être analysé isolément. Un bien ne peut bénéficier à juste titre de l'exemption prévue par l'al. 67(1)(b) que si l'opération créant ce bien est valide. Si cette opération est nulle suivant l'art. 91 (ou tout autre article), le bien exempté doit être considéré comme ayant repris la forme qu'il avait avant l'opération invalide. Si, sous sa forme originale, le bien n'était pas exempt, alors l'al. 67(1)(b) ne s'applique pas.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord. L'article 91 a pour effet de rendre certaines dispositions inopposables au syndic. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une police d'assurance-vie, il faut se rappeler que c'est la désignation d'un bénéficiaire qui la rend exempte en vertu de l'al. 67(1)(b). Aux termes du par. 158(2) de *The Saskatchewan Insurance Act*, la police d'assurance-vie conserve sa qualité de bien exempt tant que la désignation est «en vigueur». Pour conclure comme l'a fait le juge Tysoe dans *Re Yewdale*, il me faudrait statuer que, parce qu'elle est «inopposable au syndic», la désignation faite en l'espèce n'est plus «en vigueur» et n'a pas pour effet d'empêcher le partage des fonds du FERR entre les créanciers du Dr Ramgotra. Toutefois, je ne crois pas que le fait qu'une désignation de bénéficiaire soit inopposable au syndic en vertu de la loi fédérale a nécessairement pour effet de rendre cette désignation inopérante à l'égard des réclamations des créanciers sous le régime des lois provinciales pertinentes incorporées par l'al. 67(1)(b). Comme je l'ai dit plus tôt, l'art. 91 et l'al. 67(1)(b) régissent des étapes différentes de la faillite et jouent des rôles distincts. L'article 91 aide à identifier les biens du failli qui passent en la possession du syndic, alors que l'al. 67(1)(b) permet de déterminer ceux parmi ces biens sur lesquels le syndic peut exercer ses pouvoirs d'administration. Je préfère donc une interprétation de l'art. 91 et de l'al. 67(1)(b) reconnaissant le rôle distinct de ces dispositions législatives en matière de faillite à une interprétation faisant de l'une de ces dispositions une condition préalable à l'application de l'autre.

52

Therefore, even though Dr. Ramgotra effected a void settlement under the second branch of s. 91(2) when he designated his wife as beneficiary of his RRIF, that does not allow the trustee to use the funds in the RRIF to satisfy the claims of creditors such as the appellant bank. The RRIF is an exempt asset pursuant to the provincial legislation incorporated into s. 67(1)(b), meaning that it is not property which is divisible among creditors. Given this, even though Mrs. Ramgotra's future contingent interest in the RRIF had passed into the possession of the trustee through the application of s. 91(2), the RRIF was property "incapable of realization" by the trustee pursuant to s. 40(1) *BIA*. Therefore, the trustee was obliged to return it to Dr. Ramgotra prior to applying for his discharge: *Thompson v. Coulombe* (1984), 54 C.B.R. (N.S.) 254 (Que. C.A.), at p. 257; *Zemlak (Trustee of) v. Zemlak* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 1 (Sask. C.A.), at pp. 9 and 11. Despite the fact that Dr. Ramgotra's settlement was void against the trustee, the exempt status of the RRIF is an absolute bar to the appellant bank's claim.

4. *The Application of Provincial Fraud Legislation*

53

In the lower courts which have considered the issue presented by the case at bar, considerable concern has been expressed over the fact that the conversion of a non-exempt asset into an exempt asset is a convenient means for a bankrupt to reduce the size of his or her estate available to creditors. Thus, the bankrupt's intention in effecting a transaction, and the impact of the transaction on creditors, have both been important factors directing the jurisprudence related to ss. 91 and 67(1)(b) *BIA*. Of course, in the case at bar, Dr. Ramgotra acted in good faith, and not for the purpose of defeating his creditors' claims. One could well imagine more troubling circumstances, however.

54

In her case comment on the Saskatchewan Court of Appeal decision in the instant case *Lisa H. Kerbel Caplan* ((1994), 26 C.B.R. (3d) 252),

Par conséquent, même si le Dr Ramgotra a fait une disposition inopposable visée par le second volet du par. 91(2) lorsqu'il a désigné son épouse à titre de bénéficiaire de son FERR, cela n'autorisait pas le syndic à utiliser les fonds du FERR pour régler les réclamations des créanciers telle la banque appelante. Le FERR est un bien exempt aux termes des lois provinciales incorporées par l'al. 67(1)b), c'est-à-dire qu'il ne fait pas partie des biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers. Pour cette raison, même si l'intérêt futur et éventuel de M^{me} Ramgotra dans le FERR était passé en la possession du syndic par l'application du par. 91(2), le FERR était un bien «non réalisable» par le syndic aux termes du par. 40(1) *LFI*. Par conséquent, le syndic était tenu, avant de demander sa libération, de retourner ce bien au Dr Ramgotra: *Thompson c. Coulombe* (1984), 54 C.B.R. (N.S.) 254 (C.A. Qué.), à la p. 257; *Zemlak (Trustee of) c. Zemlak* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 1 (C.A. Sask.), aux pp. 9 et 11. En dépit du fait que la disposition faite par le Dr Ramgotra soit inopposable au syndic, la qualité de bien exempt du FERR est un obstacle insurmontable à la réclamation de la banque appelante.

4. *L'application des lois provinciales en matière de fraude*

Devant les juridictions inférieures qui ont examiné la question soulevée par le présent pourvoi, de vives inquiétudes ont été exprimées à l'égard du fait que la conversion d'un bien non exempt en bien exempt est un moyen commode par lequel un failli peut réduire la taille du patrimoine disponible pour les créanciers. En conséquence, l'intention du failli lorsqu'il effectue l'opération et les conséquences de celle-ci pour les créanciers ont été des facteurs importants dans l'orientation de la jurisprudence relative à l'art. 91 et à l'al. 67(1)b) *LFI*. De toute évidence, en l'espèce, le Dr Ramgotra a agi de bonne foi et non dans le but de frustrer les réclamations de ses créanciers. Néanmoins, il serait bien possible d'imaginer des circonstances plus troublantes.

Dans son commentaire sur la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans la présente affaire *Lisa H. Kerbel Caplan* ((1994), 26 C.B.R.

argues that at common law, the role of intention has focused “on the settlor’s intention that the donee hold the settled property in its current form or in a traceable form”, and not on the settlor’s purpose in making a settlement (at p. 253). Like her, I am of the view that whether a settlor has acted in good faith, or for the purpose of defeating creditors, is not relevant to the question of whether a settlement has been made within s. 91.

In contrast, however, a settlor’s intention is highly relevant where a settlement is being challenged under provincial (or territorial) fraud legislation: *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.N. 1990, c. F-24, s. 3; *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.S. 1989, c. 25, s. 4; *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-16, s. 2; *Frauds on Creditors Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15, s. 2; *Civil Code of Québec*, art. 1631 (“Paulian Action”); *Assignments and Preferences Act*, R.S.O. 1990, c. A.33, s. 4(1), and *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1990, c. F.29, s. 2; *The Fraudulent Conveyances Act*, R.S.M. 1987, c. F160, s. 2; *The Fraudulent Preferences Act*, R.S.S. 1978, c. F-21, s. 3; *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 1980, c. F-18, s. 2; *Fraudulent Conveyance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 142, s. 1, and *Fraudulent Preference Act*, R.S.B.C. 1979, c. 143, s. 3; *Fraudulent Preferences and Conveyances Act*, R.S.Y. 1986, c. 72, s. 2. (Note: the Northwest Territories has no legislation on fraudulent conveyances or preferences.) In fact, several lower courts have suggested that bad faith settlements, made for the purpose of defeating creditors, may be set aside under these statutes. Although it is not strictly necessary to decide this issue in the case at bar, since Dr. Ramgotra was found by Baynton J. to have acted in good faith, I am mindful of the need to provide some guidance to bankrupts, trustees, creditors and lower courts.

(3d) 252), prétend que, en common law, pour ce qui est de l’intention, on s’est attaché principalement à [TRADUCTION] «l’intention du disposant que le donataire détienne le bien en question dans sa forme originale ou sous une forme qui permette d’en suivre la trace», et non à l’objectif visé par le disposant lorsqu’il effectue la disposition (à la p. 253). Comme cet auteur, je suis d’avis que la question de savoir si un disposant a agi de bonne foi ou dans le but de frustrer ses créanciers n’est pas pertinente pour déterminer s’il y a eu disposition au sens de l’art. 91.

En revanche, l’intention du disposant est éminemment pertinente lorsqu’une disposition est contestée en vertu des lois provinciales (ou territoriales) en matière de fraude: *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.N. 1990, ch. F-24, art. 3; *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 25, art. 4; *Loi sur les cessions et préférences*, S.R.N.-B. 1973, ch. A-16, art. 2; *Frauds on Creditors Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-15, art. 2; *Code civil du Québec*, art. 1631 («action en inopposabilité»); *Loi sur les cessions et préférences*, L.R.O. 1990, ch. A.33, par. 4(1), et *Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers*, L.R.O. 1990, ch. F.29, art. 2; *Loi sur les transferts frauduleux de biens*, L.R.M. 1987, ch. F160, art. 2; *The Fraudulent Preferences Act*, R.S.S. 1978, ch. F-21, art. 3; *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 1980, ch. F-18, art. 2; *Fraudulent Conveyance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 142, art. 1, et *Fraudulent Preference Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 143, art. 3; *Loi sur les préférences et les transferts frauduleux*, L.R.Y. 1986, ch. 72, art. 2. (Remarque: les Territoires du Nord-Ouest n’ont aucun texte de loi sur les préférences ou transferts frauduleux). De fait, plusieurs juridictions inférieures ont avancé que les dispositions faites de mauvaise foi, dans le but de frustrer les créanciers, peuvent être annulées sous le régime de ces lois. Bien qu’il ne soit pas absolument nécessaire en l’espèce de trancher la question, étant donné que le juge Baynton a statué que le Dr Ramgotra avait agi de bonne foi, je suis conscient du besoin de donner certaines indications aux faillites, aux syndicats, aux créanciers et aux juridictions inférieures.

56

Generally, where a conveyance has rendered property exempt from execution or seizure by creditors under provincial legislation, but the conveyance itself is void against those creditors pursuant to provincial fraud legislation, then the exemption is not in effect vis-à-vis those creditors. In terms of the law of bankruptcy, I would hold that a bankrupt cannot enjoy the benefit of a s. 67(1)(b) exemption where the property in question became exempt by reason of a fraudulent conveyance declared void pursuant to provincial law. I note that Houlden J. concluded in *Geraci* (trial), at p. 92, that a s. 67(1)(b) exemption has force even where the property became exempt under provincial law as a result of a fraudulent conveyance. I do not agree. In my view, a precondition to s. 67(1)(b) protection is that the property in question is exempt against the claims of creditors under provincial law. A fraudulent conveyance rendering property exempt is void against creditors, as illustrated by s. 3 of the Saskatchewan Act:

3. . . . every gift, conveyance, assignment or transfer, delivery over or payment of goods, chattels or effects or of bills, bonds, notes or securities or of shares, dividends, premiums or bonus in a bank, company or corporation, or of any other property real or personal, made by a person at a time when he is in insolvent circumstances or is unable to pay his debts in full or knows that he is on the eve of insolvency, with intent to defeat, hinder, delay or prejudice his creditors or any one or more of them, is void as against the creditor or creditors injured, delayed or prejudiced. [Emphasis added.]

Since a fraudulent conveyance rendering property exempt is void against creditors by operation of provincial law, the property is not exempt from execution or seizure by creditors under provincial law, as required by s. 67(1)(b) BIA. Section 67(1)(b) therefore has no application, once a fraudulent conveyance is found to have occurred.

57

Can a life insurance beneficiary designation be set aside as a fraudulent conveyance of property?

De façon générale, lorsqu'un transfert a pour effet de rendre un bien exempt d'exécution ou de saisie par les créanciers sous le régime des lois provinciales pertinentes, mais que le transfert lui-même est inopposable à ces créanciers conformément aux lois provinciales relatives à la fraude, l'exemption est inopérante à l'égard de ces créanciers. En matière de droit de la faillite, je conclurais qu'un failli ne peut bénéficier de l'exemption prévue à l'al. 67(1)b si le bien en question est devenu exempt par suite d'un transfert frauduleux déclaré nul conformément au droit provincial. Je note que le juge Houlden a conclu, dans *Geraci* (première instance), à la p. 92, que l'exemption prévue à l'al. 67(1)b s'applique même lorsque le bien est devenu exempt sous le régime des lois provinciales par suite d'un transfert frauduleux. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, une condition préalable à l'application de la protection offerte par l'al. 67(1)b est que le bien en question soit à l'abri des réclamations des créanciers sous le régime des lois provinciales. Un transfert frauduleux ayant pour effet de rendre un bien exempt est inopposable aux créanciers, comme le fait voir l'art. 3 de la Loi de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] 3. . . . les donations, transferts, cessions, remises ou paiements de quelque bien que ce soit, réel ou personnel — chatels ou effets, lettres de change, obligations, billets ou titres, ou actions, dividendes, primes ou bonis d'une banque, d'une compagnie ou d'une personne morale —, qu'effectue une personne insolvable ou incapable au moment de l'opération de payer la totalité de ses dettes — ou qui se sait sur le point d'être insolvable — en vue de frustrer, d'entraver, de retarder ou de léser ses créanciers ou certains d'entre eux sont inopposables aux créanciers concernés. [Je souligne.]

Étant donné qu'un transfert frauduleux ayant pour effet de rendre un bien exempt est inopposable aux créanciers par l'application des lois provinciales, le bien en question n'est pas, comme l'exige l'al. 67(1)b LFI, exempt d'exécution ou de saisie par les créanciers sous le régime des lois provinciales. L'alinéa 67(1)b ne s'applique donc pas si un transfert est jugé frauduleux.

Est-il possible de faire annuler, en tant que transfert frauduleux de biens, la désignation d'un

This question has generated some conflict in the lower courts. In *Geraci* (trial), for example, Houlden J. found at p. 89 that the beneficiary designation could be attacked under s. 2 of Ontario's Act, since it was a conveyance made with the fraudulent intent of defeating creditors. The Court of Appeal, *per* Jessup J.A., agreed, at p. 259:

I agree with the learned trial Judge that the declaration made by the bankrupt, changing the beneficiary of his policy of insurance to his wife while he was insolvent, was a fraudulent conveyance within the meaning of s. 2 of The Fraudulent Conveyances Act and, if it were necessary to do so, I would hold that it was therefore fraudulent and void against his creditors and that such a void designation does not attract the protection against creditors provided by either s. 162 or s. 157 of the present Insurance Act.

Geraci was not followed on this point in *Sovereign General Insurance Co. v. Dale* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 226 (S.C.). There, the defendant had transferred the funds from a non-exempt RRSP into an insurance annuity which was exempt from execution or seizure under s. 147 of British Columbia's *Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 200, because his wife was the designated beneficiary of the plan. The plaintiff, who had obtained judgment against the defendant, sought to set aside the transfer of the RRSP funds into the annuity on the basis that it was a fraudulent conveyance. Gibbs J. held that the defendant had the necessary intent for fraud because he effected the fund transfer in order to hinder the plaintiff from realizing on its judgment. He then turned to the question of whether the transfer was a "disposition of property" which could be set aside under the British Columbia's *Fraudulent Conveyance Act*. After stating that Jessup J.A.'s reasons in *Geraci* were obiter on this point, and that the issue remained unresolved, Gibbs J. held at pp. 230-31:

bénéficiaire d'une assurance-vie? Cette question a donné lieu à des opinions divergentes dans les juridictions inférieures. Dans *Geraci* (première instance), par exemple, le juge Houlden a conclu, à la p. 89, que la désignation d'un bénéficiaire pouvait être attaquée aux termes de l'art. 2 de la Loi ontarienne, puisqu'il s'agit d'un transfert fait dans l'intention frauduleuse de frustrer les créanciers. Le juge Jessup, s'exprimant pour la Cour d'appel, a souscrit à cette conclusion, à la p. 259:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le juge de première instance que la déclaration qu'a faite le failli afin de désigner son épouse à titre de bénéficiaire de sa police d'assurance, pendant qu'il était insolvable, était une cession frauduleuse au sens de l'art. 2 de la Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers. De plus, s'il était nécessaire de le faire, je conclurais que cette désignation par le failli était en conséquence frauduleuse et inopposable à ses créanciers, et qu'une telle désignation inopposable ne jouit pas de la protection contre les créanciers offerte par l'art. 162 ou l'art. 157 de l'actuelle Loi sur les assurances.

L'arrêt *Geraci* n'a pas été suivi sur ce point dans *Sovereign General Insurance Co. c. Dale* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 226 (C.S.). Dans cette affaire, le défendeur avait transféré les fonds d'un REER non exempt dans une rente d'assurance qui, en vertu de l'art. 147 de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 200, était exempte d'exécution ou de saisie parce que son épouse était la bénéficiaire désignée du régime. La demanderesse, qui avait obtenu jugement contre le défendeur, a demandé l'annulation de la conversion en rente des fonds des REER en plaidant qu'il s'agissait d'un transfert frauduleux. Le juge Gibbs a conclu que le défendeur avait eu l'intention requise en matière de fraude puisqu'il avait effectué le transfert des fonds dans le but d'empêcher la demanderesse d'exécuter son jugement. Le juge s'est ensuite demandé si le transfert était une «disposition de biens» qui pouvait être annulée aux termes de la *Fraudulent Conveyance Act* de la Colombie-Britannique. Après avoir déclaré que les motifs du juge Jessup sur ce point dans l'arrêt *Geraci* constituaient une opinion incidente et que la question n'avait pas encore reçu de réponse, le juge Gibbs a statué ainsi, aux pp. 230 et 231:

In my opinion, it is not appropriate to look at the consequences that flow from the naming of the wife as beneficiary under the insurance contract to determine whether an interest in property has been disposed of. That seems to have happened in a number of the cases cited. With respect, I think that is the wrong approach for whatever statutory protection might or might not be afforded to the "interest" conveyed cannot be determinative of what the "interest" is. In my view, the task must be to inquire whether the "interest", if that is the correct terminology, has any of the commonly understood incidents of property. When I follow that course I am led to the conclusion that it does not.

Until a vesting occurs, the expression "interest" is probably nothing more than a convenient label to describe a future expectation which may never become a reality; for instance, the insured may change the beneficiary, or the beneficiary may predecease the insured. Until vesting, if that ever occurs, the expectation of the beneficiary is not real property, or personalty; it is not a chose in action; it is not merchantable; it is not exigible. At the most it is expectancy based upon a contingency. It has been held to be within the broad definition of property in the Bankruptcy Act which includes a future contingent interest incident to property, but it does not follow that it is subsumed within the single word "property" in the Fraudulent Conveyance Act. In my opinion, it is not.

Thus, according to Gibbs J., the transfer of funds at issue was not a conveyance of "property" which could be set aside under the British Columbia Act.

59

I do not intend to resolve this issue in the case at bar. However, I would make the following observation. The technical question of whether a life insurance beneficiary designation is a "property conveyance" does not arise under art. 1631 of the *Civil Code of Québec*, which allows creditors to set aside fraudulent "juridical acts":

1631. A creditor who suffers prejudice through a juridical act made by his debtor in fraud of his rights, in particular an act by which he renders or seeks to render

[TRADUCTION] À mon avis, il ne convient pas d'examiner les conséquences qui découlent de la désignation de l'épouse à titre de bénéficiaire aux termes du contrat d'assurance pour déterminer s'il a été disposé d'un intérêt dans un bien. Il semble pourtant que ce soit ce qu'on a fait dans un certain nombre des affaires citées. Avec égards, je ne crois pas que ce soit la bonne méthode, car la nature de la protection d'origine législative dont pourrait bénéficier ou non l'«intérêt» transféré ne détermine pas la nature de cet «intérêt». À mon avis, il faut plutôt se demander si l'«intérêt», si c'est bien là le terme qui convient, a l'un ou l'autre des attributs communément reconnus de la propriété. Lorsque j'applique cette analyse, j'en arrive à la conclusion que non.

Jusqu'à ce qu'il y ait dévolution, l'expression «intérêt» n'est probablement rien d'autre qu'une étiquette commode pour décrire une attente future, qui pourrait ne jamais se concrétiser; en effet, l'assuré pourrait désigner un bénéficiaire différent, ou le bénéficiaire désigné pourrait décéder avant l'assuré. Jusqu'à ce qu'il y ait dévolution, si effectivement cela se produit, l'attente du bénéficiaire ne constitue pas un bien réel ou un bien personnel; elle n'est pas un droit incorporel; elle n'a pas de valeur marchande et elle n'est pas exigible. Tout au plus repose-t-elle sur une éventualité. On a dit de cette attente qu'elle est visée par la définition générale de «*property*» [«biens» en français] dans la Loi sur la faillite, qui comprend un intérêt futur et éventuel se rattachant à des biens, mais il ne s'ensuit pas pour autant qu'elle est subsumée dans le seul mot «*property*» figurant dans la Fraudulent Conveyance Act. À mon avis, elle ne l'est pas.

Ainsi, selon le juge Gibbs, le transfert de fonds en question n'était pas un transfert de «biens» susceptible d'être annulé en vertu de la Loi de la Colombie-Britannique.

Je n'entends pas résoudre cette question en l'espèce, mais je ferai néanmoins la remarque suivante. La question spécifique de savoir si la désignation d'un bénéficiaire d'une assurance-vie est un «transfert de biens» ne se pose pas sous le régime de l'art. 1631 du *Code civil du Québec*, qui permet aux créanciers de faire annuler des «actes juridiques» frauduleux:

1631. Le créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits, notamment

himself insolvent, or by which, being insolvent, he grants preference to another creditor may obtain a declaration that the act may not be set up against him.

However, the other provincial statutes all refer to some sort of “conveyance” or “disposition” of “property” with the “intent to defeat” creditors’ claims. All the provincial fraud provisions are clearly remedial in nature, and their purpose is to ensure that creditors may set aside a broad range of transactions involving a broad range of property interests, where such transactions were effected for the purpose of defeating the legitimate claims of creditors. Therefore, the statutes should be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of their objects, as required by provincial statutory interpretation legislation (see, for example, *The Interpretation Act, 1993*, S.S. 1993, c. I-11.1, s. 10). I agree with the following observation by Professor Dunlop in *Creditor-Debtor Law in Canada* (2nd ed. 1995), at p. 598, that the purpose of fraudulent conveyance legislation:

... is to strike down all conveyances of property made with the intention of delaying, hindering or defrauding creditors and others except for conveyances made for good consideration and *bona fide* to persons not having notice of such fraud. The legislation is couched in very general terms and should be interpreted liberally. [Emphasis added.]

Given the need for a broad and liberal interpretation, I would suggest that there is a strong case for concluding that a life insurance beneficiary designation is both a “juridical act”, and a “disposition” or “conveyance” of “property”.

5. *The Application of the Statute of Elizabeth*

In the Court of Appeal, Jackson J.A. suggested that *An Acte agaynst fraudulent Deedes Gyftes Alienations, &c. (Statute of Elizabeth)*, 1571 (Eng.) 13 Eliz. 1, c. 5, would be available to challenge fraudulent transactions rendering property exempt from execution or seizure. The *Statute of Elizabeth* is the model for the fraudulent conveyance legisla-

l’acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu’il est insolvable, une préférence à un autre créancier.

Cependant, les autres lois provinciales font toutes état de quelque forme de «transfert» ou «aliénation» de «biens» dans «l’intention de frustrer» les réclamations des créanciers. Toutes les dispositions législatives provinciales en matière de fraude visent manifestement à créer un recours, et elles ont pour objet de permettre aux créanciers de faire annuler une vaste gamme d’opérations mettant en cause un large éventail d’intérêts de propriété, lorsque de telles opérations ont été effectuées dans le but de frustrer leurs réclamations légitimes. Les lois en question devraient donc recevoir une interprétation équitable, large et libérale qui favorise la réalisation de leur objet, comme l’exigent les diverses lois d’interprétation provinciales (voir, par exemple, *The Interpretation Act, 1993*, S.S. 1993, ch. I-11.1, art. 10). Je suis d’accord avec l’observation suivante du professeur Dunlop, dans *Creditor-Debtor Law in Canada* (2^e éd. 1995), à la p. 598, qui affirme que les lois relatives aux transferts frauduleux ont pour objet:

[TRADUCTION] ... de permettre l’annulation de tous les transferts de biens effectués dans l’intention de retarder, d’entraver ou de frauder les créanciers et d’autres personnes, sauf les transferts faits de bonne foi et avec contrepartie valable à des personnes n’ayant aucune connaissance de cette fraude. Ces lois sont rédigées en termes très généraux et devraient être interprétées de manière libérale. [Je souligne.]

Étant donné l’interprétation large et libérale qu’il faut donner, je dirais qu’il y a de bonnes raisons de conclure que la désignation d’un bénéficiaire d’une assurance-vie est à la fois un «acte juridique» et une «aliénation» ou un «transfert» de «biens».

5. *L’application du Statute of Elizabeth*

En Cour d’appel, le juge Jackson a avancé que la loi intitulée *An Acte agaynst fraudulent Deedes Gyftes Alienations, &c. (Statute of Elizabeth)*, 1571 (Ang.) 13 Eliz. 1, ch. 5, pourrait être invoquée à l’encontre d’opérations frauduleuses ayant pour effet de rendre des biens exempts d’exécution ou de saisie. Le *Statute of Elizabeth* est le texte

60

61

tion of the common law provinces, as discussed above. Its archaic language states that:

... all and every Feoffement Gyfte Graunte Alienation Bargayne and Conveyaunce of Landes Tenements Hereditams Goodes and Catalls or of any of them [[which were] contryved of Malyce Fraude Covyne Collusion or Guyle [with the] Purpose and Intent to delaye hynder or defraude Creditors] [shall be] clearely and utterly voyde frustrate and of none Effecte.

In *Nicholson v. Milne* (1989), 74 C.B.R. (N.S.) 263 (Alta. Q.B.), Virtue J. considered the applicability of the *Statute of Elizabeth* in a situation where the defendants had each rendered RRSP and mutual funds exempt under Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 1980, c. I-5, s. 265, by transferring the funds into life insurance policies under which family members were named as beneficiaries. The issue before Virtue J. was whether the transfers could be set aside under Alberta's *Fraudulent Preferences Act*, or alternatively under the *Statute of Elizabeth*. He observed that the principal difference between the two statutes was that the provincial legislation required the gift or conveyance to have been made when the debtor was insolvent, was unable to pay his or her debts in full, or knew that he or she was on the eve of insolvency, whereas this was not a requirement under the *Statute of Elizabeth*. He then decided to proceed under the *Statute of Elizabeth*, in order to avoid dealing with the insolvency issue. He found that the fund transfers were effected for the purpose of defeating creditors, and then decided that the transfers, and the beneficiary designations, were "conveyances" subject to the *Statute of Elizabeth*, at p. 274:

The term "Conveyance" (like the term transfer) is itself wide enough to encompass every method of disposing of, or parting with, property or an interest therein, absolutely or conditionally. The word is of general meaning and, given a liberal interpretation, includes the transactions here which resulted in the transfer of entitlement to the benefits of the R.R.S.P. property from

qui, dans les provinces de common law, a servi de modèle pour la rédaction des lois relatives aux transferts frauduleux dont il a été question précédemment. Rédigée dans un langage archaïque, cette loi prévoit ceci:

[TRADUCTION] ... tous les fieffements, donations, concessions, aliénations, marchés et transferts de biens, fons, tènements, héritages, marchandises et chatels, ou de l'un d'eux, [faits avec malice, fraude, collusion, duperie ou supercherie [dans l']intention de retarder, d'entraver ou de frauder les créanciers sont] clairement et absolument nuls et de nul effet.

Dans *Nicholson c. Milne* (1989), 74 C.B.R. (N.S.) 263 (B.R. Alb.), le juge Virtue s'est penché sur l'applicabilité du *Statute of Elizabeth* dans une situation où les différents défendeurs avaient rendu des REER et des fonds mutuels exempts sous le régime d'une loi de l'Alberta, l'*Insurance Act*, R.S.A. 1980, ch. I-5, art. 265, en transférant les sommes en cause dans des polices d'assurance-vie dont ils avaient désigné des membres de leur famille respective bénéficiaires. La question dont était saisi le juge Virtue était de savoir si ces transferts pouvaient être annulés en vertu de la *Fraudulent Preferences Act* de l'Alberta ou, subsidiairement, en vertu du *Statute of Elizabeth*. Le juge a souligné que la principale différence entre les deux lois était que la loi provinciale exigeait que les donations ou transferts aient été faits lorsque le débiteur était insolvable ou incapable de payer la totalité de ses dettes, ou encore à un moment où il se savait sur le point d'être insolvable, alors que le *Statute of Elizabeth* ne posait pas cette exigence. Il a alors décidé d'appliquer le *Statute of Elizabeth* afin d'éviter d'avoir à examiner la question de l'insolvabilité. Il a d'abord conclu que les transferts de fonds avaient été effectués dans le but de frustrer les créanciers, puis, à la p. 274, il a statué que les transferts et les désignations de bénéficiaires étaient des «transferts» visés par le *Statute of Elizabeth*:

[TRADUCTION] Le mot «transfert» (tout comme le mot cession) est lui-même suffisamment large pour englober tous les moyens par lesquels une personne dispose ou se départit d'un bien ou d'un intérêt sur celui-ci, de façon absolue ou conditionnelle. Ce mot a un sens général et, si on l'interprète de manière libérale, il vise aussi les opérations effectuées en l'espèce et qui ont eu pour effet

the debtor to another in such a way as to remove it from execution by creditors. In my view, such a transaction comes within the meaning of “conveyance”, as that term is used in the Statute of Elizabeth.

Thus, the fraudulent transfers and beneficiary designations were void, and the funds in the life insurance policies were not exempt from execution or seizure under the *Insurance Act* (see also *Technurbe Building Construction Ltd. v. McKinley* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 106 (Alta. Q.B.)).

Several of the provincial fraudulent conveyance statutes impose an insolvency requirement, like that contained in Alberta’s Act: Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, Saskatchewan and Yukon. Thus, assuming without deciding that the *Statute of Elizabeth* remains in force in those jurisdictions, it would allow creditors to challenge fraudulent conveyances without having to prove that, at the time of the conveyance, the debtor was insolvent, was unable to pay his or her debts in full, or knew that he or she was on the eve of insolvency.

There remains some controversy as to whether the *Statute of Elizabeth* is in force in all of the common law provinces and territories. Professor Dunlop discusses this issue in *Creditor-Debtor Law in Canada*, *supra*, and suggests at p. 597 that the Statute has likely been repealed in British Columbia, Manitoba, Newfoundland and Ontario, where pure fraudulent conveyance legislation (i.e., legislation without the insolvency requirement) has been enacted. Since the matter was not argued in the case at bar, it would be inappropriate to decide here whether the *Statute of Elizabeth* remains in force in any particular jurisdiction. Suffice it to say that if the Statute is in force in a province or territory, then it will be available to challenge fraudulent conveyances rendering property exempt from execution or seizure under provincial law. I should add that my comments above concerning the issue of whether a life insurance beneficiary designation

de transférer le droit aux prestations du REER du débiteur à une autre personne, de telle façon que ce bien a été soustrait aux mesures d’exécution des créanciers. À mon avis, une telle opération est visée par le mot «transfert» utilisé dans le Statute of Elizabeth.

En conséquence, les désignations de bénéficiaire et transferts frauduleux étaient nuls, et les fonds des polices d’assurance-vie n’étaient pas exempts d’exécution ou de saisie en vertu de l’*Insurance Act* (voir également *Technurbe Building Construction Ltd. c. McKinley* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 106 (B.R. Alb.)).

Plusieurs lois provinciales relatives aux transferts frauduleux imposent une exigence d’insolvabilité analogue à celle figurant dans la Loi de l’Alberta: Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Île-du-Prince-Édouard, Saskatchewan et Yukon. Par conséquent, à supposer — sans en décider — que le *Statute of Elizabeth* soit toujours en vigueur dans ces provinces et ce territoire, ce texte permettrait aux créanciers de contester des transferts frauduleux sans avoir à prouver que, au moment où ceux-ci ont été effectués, le débiteur était insolvable ou incapable de payer la totalité de ses dettes, ou encore qu’il se savait sur le point d’être insolvable.

Il subsiste une certaine controverse quant à savoir si le *Statute of Elizabeth* est en vigueur dans l’ensemble des provinces et territoires de common law. Le professeur Dunlop analyse cette question dans *Creditor-Debtor Law in Canada*, *op. cit.*, et avance, à la p. 597, que le Statute a vraisemblablement été abrogé en Colombie-Britannique, au Manitoba, à Terre-Neuve et en Ontario, provinces où ont été édictées des mesures législatives visant les transferts purement frauduleux (c’est-à-dire ne comportant d’exigence d’insolvabilité). Comme la question n’a pas été débattue en l’espèce, il serait inopportun de décider si le *Statute of Elizabeth* est encore en vigueur dans une province donnée. Qu’il suffise de dire que si le Statute est en vigueur dans une province ou dans un territoire il pourra alors être invoqué pour contester des transferts frauduleux ayant pour effet de rendre des biens exempts d’exécution ou de saisie sous le régime des lois

is a "property conveyance" apply equally in the case of the *Statute of Elizabeth*.

6. *Conclusion*

64

When Dr. Ramgotra transferred the funds from his two RRSPs into an RRIF under which his wife was the designated beneficiary, the funds became exempt from execution or seizure by reason of s. 67(1)(b) *BIA*, when read in conjunction with ss. 2(kk)(vii) and 158(2) of *The Saskatchewan Insurance Act*. Even though the beneficiary designation was a settlement within s. 91 *BIA*, and was void against the trustee in bankruptcy pursuant to the second branch of s. 91(2), the RRIF remained exempt from the claims of Dr. Ramgotra's creditors and, in particular, the appellant bank.

VI. Disposition

65

The appeal is therefore dismissed with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gauley & Co., Saskatoon.

Solicitors for the respondent North American Life Assurance Company: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Solicitors for the respondent Balvir Singh Ramgotra: Goldstein, Jackson, Gibbings, Saskatoon.

provinciales applicables. J'ajouterais que les commentaires que j'ai formulés plus tôt sur la question de savoir si la désignation d'un bénéficiaire d'une assurance-vie constitue un «transfert de biens» s'appliquent également en ce qui concerne le *Statute of Elizabeth*.

6. *Conclusion*

Lorsque le Dr Ramgotra a transféré les fonds de ses deux REER dans un FERR dont son épouse a été désignée bénéficiaire, ces sommes sont devenues exemptes d'exécution ou de saisie par l'effet conjugué de l'al. 67(1)(b) *LFI* ainsi que du sous-al. 2kk)(vii) et du par. 158(2) de *The Saskatchewan Insurance Act*. Même si la désignation d'un bénéficiaire était une disposition au sens de l'art. 91 *LFI*, et qu'elle était inopposable au syndic conformément au second volet du par. 91(2) *LFI*, le FERR est demeuré à l'abri des réclamations des créanciers du Dr Ramgotra et, en particulier, de celle de la banque appelante.

VI. Dispositif

Le pourvoi est par conséquent rejeté avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Gauley & Co., Saskatoon.

Procureurs de l'intimée la Nord-Américaine, compagnie d'assurance-vie: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé Balvir Singh Ramgotra: Goldstein, Jackson, Gibbings, Saskatoon.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1996 Vol. 1

3^e cahier, 1996 Vol. 1

Cited as [1996] 1 S.C.R. 369-570

Renvoi [1996] 1 R.C.S. 369-570

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court and their agents are requested to ensure that the Court is advised of any changes that affect the record in any motion, application for leave or appeal they may have before the Court. A number of instances have occurred recently in which changes in matters affecting the record filed with the Court were not brought to the Court's attention. Such changes included, but were not limited to, amendments to legislation pertinent to the appeal, further proceedings in the case and changes to the reasons for judgment of the court appealed from.

Further information about this notice may be obtained from Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour et leurs correspondants sont priés d'aviser la Cour de tout changement qui concerne le dossier d'une requête, d'une demande d'autorisation ou d'un appel devant la Cour. Dans plusieurs cas récemment, la Cour n'a pas été avisée de ces changements. Il peut s'agir de modifications à des dispositions législatives applicables dans un appel, du dépôt d'autres procédures dans l'affaire ou de modifications aux motifs du jugement de la cour de juridiction inférieure.

Toutes questions concernant le présent avis doivent être adressées à Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-7520.

ANNE ROLAND

REGISTRAR REGISTRAIRE

May, 1996

Mai 1996

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel on applications for leave and on appeals are requested to advise the Court, in writing, of any legal requirement to use initials instead of proper names in cases before the Court. Such a requirement could be imposed by statute, as in proceedings involving young offenders; child protection proceedings; affiliation proceedings; and adoption proceedings or imposed by judicial order as in criminal and civil proceedings involving victims of sexual offences.

As most of the Court's hearings are later broadcast on television, counsel are also asked to advise the Registrar of any problems that this may cause.

Any inquiries respecting this notice should be directed to Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats dans les demandes d'autorisation d'appel et les appels doivent aviser la Cour par écrit des cas où il est légalement requis de remplacer par des initiales les noms complets dans une affaire dont la Cour est saisie. Cette obligation peut découler de la loi, dans des instances relatives à de jeunes contrevenants, à la protection de la jeunesse, à la filiation ou à l'adoption, ou être imposée judiciairement, notamment dans les instances civiles et criminelles concernant des victimes d'infractions de nature sexuelle.

Comme la plupart des audiences de la Cour sont télédiffusées en différé, les avocats sont également priés d'aviser le Registraire des problèmes que cela pourrait causer.

Il est possible d'obtenir de plus amples renseignements auprès de Me Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-7520.

ANNE ROLAND

REGISTRAR REGISTRARE

May, 1996

Mai 1996

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

R. v. Burke 474

Criminal law — Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — First complainant's testimony containing exaggerations and blatant falsehoods — Trial judge not accepting his allegations of sexual assault without corroboration — Trial judge finding corroboration in respect of one incident in testimony of second complainant describing similar incident — Second complainant's testimony containing frailties and inconsistencies — Strong possibility of collusion — Whether accused's convictions can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — Alleged assaults bizarre in nature — Photographic identification of accused — Whether accused's conviction can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

États-Unis d'Amérique c. Jamieson 465

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Remise d'un fugitif à un État étranger — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition ne portant pas atteinte aux droits du fugitif garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition ne portant pas atteinte aux droits du fugitif garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

États-Unis d'Amérique c. Ross 469

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté de circulation et d'établissement — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Abuse of process — Court of Appeal correct in not entering stay of proceedings on grounds of abuse of process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. Keegstra 458

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair trial — Inciting hatred — Reverse onus — Accused not to be convicted if accused established truth of statements — Whether applicable provision infringes right to fair trial — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 319(3)(a).

R. v. M. (C.A.) 500

Criminal law — Sentencing — Totality principle — Accused pleading guilty to numerous counts of sexual assault, incest and assault with a weapon — Offences arising from pattern of sexual, physical and emotional abuse inflicted upon his children over a number of years — Trial judge sentencing accused to cumulative sentence of 25 years' imprisonment — Court of Appeal reducing sentence to term of 18 years and 8 months — Whether Court of Appeal erred in concluding that fixed-term cumulative sentences should not exceed term of imprisonment of 20 years, absent special circumstances.

Criminal law — Sentencing — Retribution legitimate principle of sentencing.

Criminal law — Sentencing — Appeals — Standard of review appellate court should adopt in reviewing fitness of sentence.

R. v. Majid..... 472

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Accused convicted of sexual assault — Conviction set aside on appeal — Whether trial judge erred in excluding portions of defence evidence.

R. v. Marinaro 462

Criminal law — Charge to jury — Misdirection as to consciousness of guilt — Court of appeal finding no substantial wrong and upholding verdict — Whether substantial wrong.

R. v. Martin..... 463

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Admission of evidence not bringing administration of justice into disrepute.

R. v. V.d.A. (A.F.)..... 471

Criminal law — Sexual assault of minor — Charge denied — Little corroborative evidence — Credibility of witnesses — Power of appellate court to review and weigh evidence.

SOMMAIRE (Suite)

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

États-Unis d'Amérique c. Whitley..... 467

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté de circulation et d'établissement — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

R. c. Burke 474

Droit criminel — Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Exagérations et faussetés flagrantes dans le témoignage du premier plaignant — Juge du procès n'acceptant pas les allégations d'agression sexuelle sans corroboration — Juge du procès concluant qu'un incident a été corroboré par le témoignage d'un deuxième plaignant qui décrivait un incident semblable — Faiblesses et contradictions dans le témoignage du deuxième plaignant — Forte possibilité de collusion — Les déclarations de culpabilité de l'accusé peuvent-elles raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

Droit criminel — Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Nature étrange des prétendues agressions — Identification de l'accusé à l'aide de photographies — La déclaration de culpabilité de l'accusé peut-elle raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Abus de procédure — Cour d'appel ayant refusé à bon droit d'ordonner l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. Keegstra 458

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès équitable — Incitation à la haine — Inversion du fardeau de la preuve — Accusé ne devant pas être déclaré coupable s'il établit la véracité des déclarations — La disposition applicable porte-t-elle atteinte au droit à un procès équitable? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(3)a).

R. c. M. (C.A.) 500

Droit criminel — Détermination de la peine — Principe de totalité — L'accusé a plaidé coupable à de nombreux chefs d'agression sexuelle, d'inceste et d'agression armée — Les infractions résultaient de sévices d'ordre sexuel, physique et

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board) 369

Labour law — Tribunaux — Judicial review — Jurisdiction — Remedy — Labour Board requiring employer to table last offer — Issues in dispute subject to limited bargaining period before imposition of binding arbitration — Whether Board's decision going to jurisdiction and so requiring a correct decision — If decision within Board's jurisdiction, whether remedy patently unreasonable — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 99(2).

Labour law — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Employer refusing to consider re-instatement of employees discharged for picket-line violence — Whether employer failing to bargain in good faith — Whether Board's finding of failure to bargain in good faith patently unreasonable.

Labour law — Collective agreements — Allegation of imposed agreement — Labour Board requiring employer to table last offer — Issues in dispute subject to limited bargaining period before imposition of binding arbitration — Whether Board had jurisdiction to make remedy ordered — If so, whether remedy patently unreasonable.

United States of America v. Jamieson 465

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Surrender of fugitive to foreign state — Minister of Justice's surrender decision not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Minister of Justice's surrender decision not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

United States of America v. Ross 469

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mobility rights — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

United States of America v. Whitley 467

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mobility rights — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Suite)

émotif qu'il a infligés systématiquement à ses enfants durant un certain nombre d'années — Le juge du procès a condamné l'accusé à une peine cumulative de 25 ans d'emprisonnement — La Cour d'appel a réduit la peine à 18 ans et 8 mois — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les peines cumulatives d'une durée déterminée ne devraient pas, sauf circonstances spéciales, dépasser 20 ans d'emprisonnement?

Droit criminel — Détermination de la peine — Le châtement est un principe légitime de détermination de la peine.

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Norme de contrôle appliquée par les cours d'appel dans l'examen de la justesse des peines.

R. c. Majid 472

Droit criminel — Infractions sexuelles — Preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité annulée en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant des passages d'un élément de preuve?

R. c. Marinaro 462

Droit criminel — Exposé au jury — Directive erronée sur la conscience de culpabilité — Cour d'appel concluant à l'absence de tort important et confirmant le verdict — Y a-t-il eu tort important?

R. c. Martin 463

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Utilisation de la preuve non susceptible de déconstruire l'administration de la justice.

R. c. V.d.A. (A.F.) 471

Droit criminel — Agression sexuelle contre une personne mineure — Accusation niée — Peu de preuve corroborante — Crédibilité des témoins — Pouvoir de la cour d'appel d'examiner et d'apprécier la preuve.

Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail) 369

Droit du travail — Tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire — Compétence — Réparation — Conseil des relations du travail obligeant l'employeur à déposer sa dernière offre — Questions en litige faisant l'objet de négociations pendant une période limitée avant l'imposition de l'arbitrage exécutoire — La décision du Conseil est-elle une question de compétence et, en conséquence, une décision qui doit être correcte? — Si la décision relève de la compétence du Conseil, la réparation est-elle manifestement déraisonnable? — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 99(2).

Droit du travail — Négociations collectives — Obligation de négocier de bonne foi — Employeur refusant de considérer la

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

réintégration d'employés congédiés en raison d'actes de violence sur la ligne de piquetage — L'employeur a-t-il négocié de bonne foi? — La conclusion du Conseil qu'il n'a pas négocié de bonne foi est-elle manifestement déraisonnable?

Droit du travail — Conventions collectives — Allégation qu'une convention a été imposée — Conseil des relations du travail obligeant l'employeur à déposer sa dernière offre — Questions en litige faisant l'objet de négociations pendant une période limitée avant l'imposition de l'arbitrage exécutoire — Le Conseil avait-il compétence pour rendre l'ordonnance réparatrice? — Dans l'affirmative, la réparation était-elle manifestement déraisonnable?

Royal Oak Mines Inc. Appellant

v.

Canada Labour Relations Board and Canadian Association of Smelter and Allied Workers (CASAW), Local No. 4 Respondents

INDEXED AS: ROYAL OAK MINES INC. v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD)

File No.: 24169.

1995: October 30; 1996: February 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour law — Tribunals — Judicial review — Jurisdiction — Remedy — Labour Board requiring employer to table last offer — Issues in dispute subject to limited bargaining period before imposition of binding arbitration — Whether Board's decision going to jurisdiction and so requiring a correct decision — If decision within Board's jurisdiction, whether remedy patently unreasonable — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 99(2).

Labour law — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Employer refusing to consider reinstatement of employees discharged for picket-line violence — Whether employer failing to bargain in good faith — Whether Board's finding of failure to bargain in good faith patently unreasonable.

Labour law — Collective agreements — Allegation of imposed agreement — Labour Board requiring employer to table last offer — Issues in dispute subject to limited bargaining period before imposition of binding arbitration — Whether Board had jurisdiction to make remedy ordered — If so, whether remedy patently unreasonable.

The unionized workers of Royal Oak Mines voted overwhelmingly to reject a tentative agreement put forward by the appellant. A bitter and violent 18-month

Royal Oak Mines Inc. Appellante

c.

Conseil canadien des relations du travail et l'Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés (CASAW), section locale n° 4 Intimés

RÉPERTORIÉ: ROYAL OAK MINES INC. c. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL)

N° du greffe: 24169.

1995: 30 octobre; 1996: 22 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit du travail — Tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire — Compétence — Réparation — Conseil des relations du travail obligeant l'employeur à déposer sa dernière offre — Questions en litige faisant l'objet de négociations pendant une période limitée avant l'imposition de l'arbitrage exécutoire — La décision du Conseil est-elle une question de compétence et, en conséquence, une décision qui doit être correcte? — Si la décision relève de la compétence du Conseil, la réparation est-elle manifestement déraisonnable? — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 99(2).

Droit du travail — Négociations collectives — Obligation de négocier de bonne foi — Employeur refusant de considérer la réintégration d'employés congédiés en raison d'actes de violence sur la ligne de piquetage — L'employeur a-t-il négocié de bonne foi? — La conclusion du Conseil qu'il n'a pas négocié de bonne foi est-elle manifestement déraisonnable?

Droit du travail — Conventions collectives — Allégation qu'une convention a été imposée — Conseil des relations du travail obligeant l'employeur à déposer sa dernière offre — Questions en litige faisant l'objet de négociations pendant une période limitée avant l'imposition de l'arbitrage exécutoire — Le Conseil avait-il compétence pour rendre l'ordonnance réparatrice? — Dans l'affirmative, la réparation était-elle manifestement déraisonnable?

Les travailleurs syndiqués de Royal Oak Mines ont rejeté massivement une entente de principe proposée par l'appellante. Il en a résulté une grève de 18 mois, vio-

strike, which affected the whole community, occurred. Various attempts to effect a settlement were made during the strike, from the appointment of an industrial commission to the naming of very experienced mediators. The Canada Labour Relations Board, on an application made by the union, unanimously found that the appellant employer had failed to bargain in good faith. The employer refused to bargain until the certification issue had been resolved. Further the employer wished to impose a probationary period on all returning strikers. Despite the employer's position on these issues the Board's finding was based on the employer's refusal to negotiate until the issue of re-instatement and discipline of several employees accused of picket-line violence had been resolved. In light of the long history of intransigence and the bitterness of the parties the Board directed the appellant employer to tender the tentative agreement which it had put forward earlier (and which had been rejected) with the exception of four issues about which the appellant employer had changed its position. The parties were given 30 days of bargaining to settle those issues and, if they remained unresolved, then compulsory mediation was to be imposed. At issue is the jurisdiction of the Board to make this order.

Held (Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: Several factors should be taken into consideration in determining whether the scope of remedial orders should be left to the Board or whether the section went to jurisdiction rendering the Board's decision reviewable by the courts if it was not correct: (a) the wording of the enactment conferring jurisdiction on the tribunal; (b) the purpose of the statute creating the tribunal; (c) the reason for the tribunal's existence; (d) the area of expertise of the tribunal's members; and (e) the nature of the problem before the tribunal. Deference should be accorded by the courts to remedial orders made by the Board. Once it has been established by the provisions of the empowering legislation that the Board does, in fact, have the jurisdiction to order certain remedies, the question of which of these remedies the Board chooses to impose in any given situation is a question within the Board's jurisdiction.

The legislation gave the Board a wide and flexible remedial role. The wording of s. 99(2) of the *Canada Labour Code* (the "Code") did not place precise limits on the Board's jurisdiction and the fact that the Board could fashion equitable remedies indicated that Parlia-

mente et acrimonieuse, qui a affecté la collectivité tout entière. Diverses tentatives pour régler le différend ont été faites durant la grève, de la nomination d'une commission d'enquête sur les relations du travail à la désignation de médiateurs de grande expérience. Par suite d'une demande du syndicat, le Conseil canadien des relations du travail a conclu à l'unanimité que l'appellante (l'employeur) n'avait pas négocié de bonne foi. L'employeur avait refusé de négocier tant que la question de l'accréditation n'était pas réglée. De plus, il souhaitait imposer une période probatoire pour tous les grévistes qui reprenaient le travail. Malgré la position de l'employeur sur ces questions, le Conseil a fondé sa conclusion sur le refus de l'employeur de négocier tant que n'aurait pas été réglée la question de la réintégration de plusieurs employés accusés d'actes de violence sur la ligne de piquetage et des mesures disciplinaires à leur encontre. Vu l'intransigence et l'amertume des parties, le Conseil a ordonné à l'employeur d'offrir de nouveau l'entente de principe qu'il avait déjà proposée (et qui avait déjà été rejetée), sauf pour quatre points à propos desquels il avait modifié sa position. Il a donné aux parties un délai de 30 jours pour négocier un règlement sur ces quatre points. En cas d'impasse, la médiation exécutoire serait imposée. Il s'agit de décider si le Conseil avait compétence pour rendre cette ordonnance.

Arrêt (les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: Pour déterminer si la portée des ordonnances réparatrices ressortit au Conseil ou si la disposition vise la compétence du Conseil de sorte que sa décision donne lieu à révision par les tribunaux si elle n'est pas correcte, il faut tenir compte de divers facteurs: a) le libellé des dispositions législatives qui confèrent la compétence au tribunal administratif; b) l'objet de la loi qui crée le tribunal; c) la raison d'être de ce tribunal; d) le domaine d'expertise de ses membres; e) la nature du problème soumis au tribunal. Les cours de justice doivent faire preuve de retenue à l'égard des réparations ordonnées par le Conseil. Quand il a été établi que, d'après la loi habilitante, le Conseil est en fait compétent pour imposer certaines réparations, la question de la réparation que le Conseil choisit d'imposer dans une situation donnée relève de sa compétence.

Le législateur a conféré au Conseil un rôle large et flexible en matière de réparation. Le libellé du par. 99(2) du *Code canadien du travail* (le «Code») n'apporte pas de limitations précises à la compétence du Conseil et le fait qu'il est habilité à formuler des répara-

ment intended the Board to have wide remedial powers. Furthermore, a broad privative clause in s. 22(1) provided that both the Board's decisions and orders were final.

The Board's decision fell within its jurisdiction and must not be interfered with unless it is patently unreasonable. Several factors indicate that the patently unreasonable standard should be followed, as opposed to the correctness standard going to jurisdiction: (a) the presence of a clear and strongly worded privative clause; (b) the provisions of the Code demonstrating the decision to be one falling within the board's jurisdiction; (c) the finding of lack of good faith (essentially a finding of fact to be left to the Board); (d) the Board's expertise and experience in dealing with precisely this type of question; and (e) the courts' high degree of deference to the decisions of labour relations boards.

The duty to bargain in good faith was breached in three ways. First, the appellant refused to bargain with the respondent union, the exclusive bargaining agent of the employees, pending the outcome of a competing employee association's certification application. The employer is obliged to recognize the certified union and bargain exclusively with it. Second, the appellant's demand for a probationary clause for all returning employees breached this duty — attempts to penalize those who had participated in a lawful union activity undermines the operation and basic principles of the labour relations statute. Third, the appellant failed to bargain in good faith when it refused to agree to a provision for any type of arbitration or consideration of questions arising from its discharge of several employees. This outright refusal to discuss this issue completely blocked the bargaining process.

The duty to enter into bargaining in good faith must be measured on a subjective standard, while the making of a reasonable effort to bargain should be measured by an objective standard which can be ascertained by a Board looking to comparable standards and practices within the particular industry. This latter part of the duty prevents a party from hiding behind an assertion that it is sincerely trying to reach an agreement when, viewed objectively, it can be seen that its proposals are so far from the accepted norms of the industry that they must be unreasonable.

tions justes indique que le législateur lui a confié des pouvoirs étendus en matière de réparation. De plus, une clause privative de large portée, au par. 22(1), dispose que les décisions et ordonnances du Conseil sont définitives.

La décision du Conseil relevait de sa compétence. Il ne faut pas la modifier, sauf si elle était manifestement déraisonnable. Plusieurs facteurs indiquent qu'il y a lieu d'appliquer la norme du caractère manifestement déraisonnable et non celle de la décision correcte, applicable à une question de compétence: a) la présence d'une clause privative claire et formelle; b) les dispositions du Code qui montrent que la décision relève clairement de la compétence du Conseil; c) la décision quant à l'absence de bonne foi (essentiellement une conclusion de fait qu'il appartient au Conseil de tirer); d) la compétence et l'expérience du Conseil pour statuer sur ce type précis de question; e) le haut degré de retenue dont les cours de justice ont fait preuve à l'égard des décisions des conseils de relations du travail.

L'appelante a manqué à son obligation de négocier de bonne foi sous trois aspects. Premièrement, elle a refusé de négocier avec le syndicat intimé, agent négociateur exclusif des employés, tant qu'il n'aurait pas été statué sur la demande d'accréditation de l'association d'employés concurrente. L'employeur est obligé de reconnaître le syndicat accrédité et de négocier uniquement avec lui. Deuxièmement, l'appelante a manqué à son obligation en exigeant une clause relative à une période probatoire pour tous les employés qui reprenaient le travail — chercher à punir ceux qui ont participé à une activité syndicale légale mine l'application et les principes fondamentaux de la loi sur les relations du travail. Troisièmement, l'appelante a omis de négocier de bonne foi en refusant toute disposition prévoyant l'arbitrage ou le règlement des litiges découlant du congédiement de plusieurs employés. Ce refus catégorique de discuter de la question a provoqué un blocage complet des négociations.

L'obligation d'entamer des négociations de bonne foi doit être appréciée selon une norme subjective alors que celle de faire un effort raisonnable pour conclure une convention doit être évaluée selon une norme objective, le Conseil prenant en considération les normes et pratiques comparables dans le secteur d'activités. La deuxième partie de l'obligation empêche une partie de se dérober en prétendant qu'elle tente sincèrement de conclure une entente alors qu'objectivement ses propositions sont tellement éloignées des normes acceptées dans le secteur d'activités qu'elles doivent être tenues pour déraisonnables.

The Code granted the Board jurisdiction to decide whether the appellant failed to bargain in good faith. Its decision should not be set aside by the courts unless patently unreasonable. That decision, given the overwhelming evidence supporting the Board's finding that the appellant breached its duty to bargain in good faith by imposing an unreasonable condition to the collective bargaining process, was not unreasonable.

The remedy directed by the Board was not patently unreasonable; rather, it was eminently sensible and appropriate in the circumstances. A remedial order will be considered patently unreasonable where: (1) the remedy is punitive in nature; (2) the remedy granted infringes the *Charter*; (3) there is no rational connection between the breach, its consequences, and the remedy; (4) the remedy contradicts the objects and purposes of the Code. A rational connection did indeed exist between the breach, its consequences and the remedy and the remedy affirmed the objects and purposes of the Code.

The Board did not exceed its powers by imposing closure on the parties instead of allowing them to arrive at a settlement themselves. Section 99(2) grants the Board remedial authority for the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of the Code.

Free collective bargaining is fundamental to the Code and labour relations and as a general rule should be permitted to function. Nonetheless, situations will arise when that principle can no longer be permitted to dominate a situation. A Board will be justified in exercising its experience and special skill in order to fashion a remedy where: the dispute has been bitter and lengthy; the parties have been intransigent and their positions intractable; one of the parties has not been bargaining in good faith and this failure has frustrated the formation of a collective bargaining agreement; and a community is suffering as a result of the strike. This will be true even if the consequence of the remedy is to put an end to free collective bargaining. This follows in part because it is the lack of good faith bargaining by a party which is frustrating the bargaining process and in part because of the other principles and factors the Board is required to consider pursuant to the provision of the Code.

In the circumstances, it was appropriate that the Board fashion a remedy. This strike had been bitter and long. The intractable position of appellant that it would not consider some form of due process for dismissed employees put an end to any possibility of true bargain-

Le Code attribuait au Conseil le pouvoir de décider si l'appelante n'avait pas négocié de bonne foi. Les cours de justice ne doivent pas annuler sa décision, sauf si elle est manifestement déraisonnable. Le Conseil était tout à fait fondé à dire que l'appelante avait manqué à son obligation de négocier de bonne foi en imposant une condition déraisonnable comme préalable à la négociation collective. Sa décision n'était donc pas déraisonnable.

La réparation imposée par le Conseil n'était pas manifestement déraisonnable, mais au contraire était très judicieuse et convenait parfaitement aux données du cas. Une ordonnance réparatrice est tenue pour manifestement déraisonnable: (1) lorsque la réparation est de nature punitive; (2) lorsque la réparation accordée porte atteinte à la *Charte*; (3) lorsqu'il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; (4) lorsque la réparation va à l'encontre des objectifs du Code. En l'espèce, il y avait un lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation, et la réparation réaffirmait les objectifs du Code.

Le Conseil n'a pas excédé ses pouvoirs en mettant fin aux négociations péremptoirement au lieu de permettre aux parties de négocier elles-mêmes un règlement. En vertu du par. 99(2), il a le pouvoir de concevoir une réparation afin d'assurer la réalisation des objectifs du Code.

Les libres négociations collectives sont un principe fondamental du Code et des relations du travail. En règle générale, il faut laisser libre cours à ce processus. Néanmoins, il se produit des cas où l'on ne saurait permettre que ce principe soit prédominant. Un conseil peut légitimement user de son expérience et de ses compétences spécialisées pour concevoir une réparation si le conflit a été long et amer, les parties intransigeantes et leurs positions inflexibles, s'il constate que l'une des parties n'a pas négocié de bonne foi et que ce manquement a empêché la conclusion d'une convention collective, si la grève cause des torts à la collectivité. Cela vaut même si la réparation a pour effet de mettre fin aux libres négociations collectives. Ce résultat découle, en partie, de la mauvaise foi de l'une des parties qui entrave le processus de la négociation et, en partie, des autres principes et facteurs dont le Conseil doit tenir compte dans l'application du Code.

Vu les circonstances, il convenait que le Conseil formule une réparation. La grève a été longue et amère. La position inflexible de l'appelante, qui a refusé de considérer toute procédure équitable pour les employés congédiés, a bloqué toute négociation réelle entre les parties

ing and was properly found to constitute lack of good faith. The community was obviously suffering. The remedy put forward did not impose a collective agreement. Rather the Board used the tentative agreement drafted and put forward by the appellant as its last offer as a basis for the bulk of its remedy. The four matters on which there was no agreement were left to the parties for a further 30 days' bargaining and became subject to binding arbitration only in the event of failed negotiations. Once the basic statutory ground rules have been broken by a party, the parties can no longer expect to have the same unbridled freedom to bargain. Given the past history of the parties' intransigence, no other solution was feasible. Indeed, the fact that the Board applied its experience and skill to design a remedy that was eminently fair and sensible was beneficial to both parties and the community.

The Board did not impose the tentative agreement or the additional terms and conditions on the parties without first ensuring that all the other options which could realistically be expected to bring an end to the dispute had been exhausted. Given appellant's lack of cooperation and good faith bargaining and the damage to the community which the parties' dispute had caused, the Board properly exercised its discretion to impose a remedy which would put an end to the impasse.

The remedial order directly related to the effect of the failure to bargain in good faith and in so far as was possible complied with the aims and objects of the Code. The remedy struck an appropriate balance between the public interest and the interests of the parties and was beyond reproach. The order made came within the Board's jurisdiction. Therefore applying the appropriate degree of deference, the order was not patently unreasonable and could not be set aside. Had it been necessary to so find, the order would have met the standard of correctness.

Section 80 of the Code, which empowers the Board to impose a first contract, applies to a situation completely different from that addressed by s. 99(2). Section 99(2) need not be read restrictively as a result of the provisions of s. 80.

Per Lamer C.J.: The Board's finding that the employer had failed to bargain in good faith as required by s. 50(a) of the Code fell within its specialized jurisdiction, and this finding was not patently unreasonable under the circumstances. As well, the Board's choice of

et a été jugée, à juste titre, être un manque de bonne foi. La collectivité souffrait manifestement. La réparation accordée n'imposait pas une convention collective. Le Conseil s'est plutôt inspiré, pour l'essentiel de sa réparation, de l'entente de principe rédigée et offerte par l'appelante à titre d'offre finale. Les parties devaient négocier sur les quatre points non réglés pendant 30 jours et, en cas d'échec, une médiation exécutoire devait être imposée à leur sujet. Une fois qu'une partie a violé les règles fondamentales énoncées dans la loi, les parties ne peuvent plus s'attendre à ce que la même liberté de négociation sans entrave leur soit reconnue. Vu l'intransigence dont les parties ont fait preuve, aucune autre solution n'était possible. En effet, il était avantageux pour les deux parties et pour la collectivité que le Conseil se fonde sur son expérience et ses compétences pour formuler une réparation qui était éminemment juste et judicieuse.

Le Conseil n'a pas imposé aux parties l'entente de principe ou les conditions supplémentaires sans s'être d'abord assuré qu'elles avaient épuisé toutes les autres mesures susceptibles, d'un point de vue réaliste, de permettre de régler le conflit. Compte tenu du manque de coopération et du défaut de négociation de bonne foi de l'appelante, ainsi que des torts subis par la collectivité du fait du conflit de travail, le Conseil a légitimement exercé son pouvoir discrétionnaire pour imposer une réparation qui dénouerait l'impasse.

L'ordonnance réparatrice avait un lien direct avec les effets de l'omission de négocier de bonne foi et, dans la mesure du possible, était conforme aux objectifs du Code. La réparation pondérait convenablement l'intérêt public et les intérêts des parties. Il n'y avait rien à redire à cette ordonnance qui relevait de la compétence du Conseil. Par conséquent, compte tenu du degré de retenue qui convient, l'ordonnance n'était pas manifestement déraisonnable et ne pouvait donc pas être annulée. S'il avait été nécessaire de statuer autrement, elle aurait satisfait à la norme de la décision correcte.

L'article 80 du Code, qui confère au Conseil le pouvoir d'imposer aux parties une première convention collective, s'applique à une situation tout à fait différente de celle visée au par. 99(2). Il n'est pas nécessaire d'interpréter restrictivement le par. 99(2) à cause des dispositions de l'art. 80.

Le juge en chef Lamer: La conclusion du Conseil que l'employeur a négocié de mauvaise foi au sens de l'al. 50(a) du Code relevait de sa compétence spécialisée et n'était pas manifestement déraisonnable dans les circonstances. En outre, le choix de l'ordonnance répara-

remedial order, directing the employer to table an offer with a number of imperative terms, fell within its specialized competence given the broad equitable discretion delegated by s. 99(2). In light of the bitter and intractable nature of this dispute, the Board's affirmative remedial order was not patently unreasonable. Such an extraordinary order, while justified in these circumstances, runs against the established grain of federal and provincial labour codes by overriding the cherished principle of "free collective bargaining" which underlies both federal and provincial labour codes. In the absence of exceptional and compelling circumstances such as those prevailing in this case, it will normally be patently unreasonable for a labour board to impose such an invasive remedial order in light of the core value of free collective bargaining enshrined in the Code.

Per Sopinka, McLachlin and Major JJ. (dissenting): The question of whether a particular party has been guilty of bad faith bargaining is a finding of fact within the particular expertise of the Board and must be upheld unless it is found to be patently unreasonable. Section 50(a)(i) and (ii) of the Code, taken together with ss. 98 and 99, clearly clothes the Board with the authority to determine whether a particular party has bargained in good faith and whether a party has made "every reasonable effort to enter into a collective agreement". In addition, the Board is protected by a clear and strongly worded privative clause in s. 22(1). The Board's decision on this issue can only be set aside if patently unreasonable.

Three considerations, taken collectively, indicate that the Board's finding of bad faith should not be interfered with on a standard of patent unreasonableness: (1) the position characterized as unreasonable by the Board concerned a non-monetary issue; (2) the appellant was insisting on the objectively unreasonable position to the point of impasse; and (3) this finding of bad faith was found in the context of the Board's correct finding that the appellant was bargaining in bad faith by making resolution of the issue a precondition to any further bargaining.

The question of the Board's power to grant a particular form of remedy is a question of jurisdiction. Section 99(2) grants jurisdiction and is the sole source of the Board's authority to order remedies beyond the simple "compliance orders" provided for in s. 99(1). It authorizes the Board to make "equitable" orders to remedy

trice, obligeant l'employeur à présenter une offre assortie de certaines conditions imposées, relevait de la compétence spécialisée du Conseil, étant donné la latitude que lui donne le par. 99(2) pour rendre l'ordonnance qu'il estime juste. Vu l'amertume et l'intransigeance qui ont marqué ce conflit, l'ordonnance réparatrice positive conçue par le Conseil n'était pas manifestement déraisonnable. Toutefois, une ordonnance extraordinaire comme celle-ci, encore qu'elle soit justifiée dans les circonstances, va à l'encontre des codes du travail fédéral et provinciaux car elle déroge au principe des «libres négociations collectives» qui inspire les législations des relations du travail. En l'absence de circonstances exceptionnelles et contraignantes comme celles en l'espèce, il sera manifestement déraisonnable normalement qu'un conseil des relations du travail impose une telle ordonnance réparatrice positive étant donné que les libres négociations collectives représentent une valeur fondamentale consacrée par le Code.

Les juges Sopinka, McLachlin et Major (dissidents): La question de savoir si une partie s'est rendue coupable de négociation de mauvaise foi est une question de fait qui relève de la compétence particulière du Conseil et il y a lieu de confirmer sa décision, sauf si elle est tenue pour manifestement déraisonnable. Les sous-alinéas 50a)(i) et (ii) du Code, si on les rapproche des art. 98 et 99, investissent de toute évidence le Conseil du pouvoir de décider si une partie a négocié de bonne foi et si une partie a fait «tout effort raisonnable pour conclure une convention collective». De plus, le Conseil est protégé par une clause privative claire et formelle, énoncée au par. 22(1). Sa décision sur ce point ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable.

Trois considérations, prises ensemble, indiquent qu'il n'y a pas lieu, selon la norme du caractère manifestement déraisonnable, de modifier la conclusion du Conseil quant à la négociation de mauvaise foi: (1) la position qualifiée de déraisonnable par le Conseil portait sur une question non pécuniaire; (2) l'appelante a maintenu sa position objectivement déraisonnable jusqu'à l'impasse; (3) cette constatation de mauvaise foi s'inscrit dans le contexte de la conclusion correcte du Conseil selon laquelle l'appelante était de mauvaise foi en faisant du règlement de la question une condition préalable à toute négociation.

La question de savoir si le Conseil est habilité à accorder une réparation en particulier est une question de compétence. Le paragraphe 99(2) est une disposition attributive de compétence et est la seule source du pouvoir du Conseil d'imposer des réparations autres que la simple ordonnance enjoignant à une partie de se confor-

the consequences of breaches of the Code and grants jurisdiction to make orders that the Board would otherwise not have the power to make. The true effect of the Board's order must be determined in deciding whether the Board's order was within the jurisdiction granted under s. 92(2). The order not only required the appellant to table an offer but also set out in detail many of the specific terms that the offer had to contain. The inclusion of clauses unrelated to the alleged "bad faith" forced the conclusion that the Board's order constituted the imposition of a full collective agreement.

The wording of s. 99(2) clearly imposes at least two limitations on the remedies which can be granted under the authority of this section: (1) a rational connection must exist between the breach of the Code, a consequence which is adverse to the fulfilment of the objectives of the Code, and the remedy; and (2) the remedy must ensure the fulfilment of the objectives of the Code. Even if the "requisite nexus" between the breach, the consequences and the remedy is set as low as "a rational connection", the nexus is missing in this case. The fundamental purpose of the Code is the constructive settlement of labour disputes by the parties to the dispute through the medium of "free collective bargaining". Other important objectives mentioned in the preamble are only to be achieved by the promotion of free collective bargaining.

The breach which caused the Board's intervention was the appellant's bad faith bargaining regarding the claims of dismissed employees. The Board did not hold that this bad faith bargaining caused the parties not to reach a collective agreement. Rather it held that the consequence of the failures of both parties to bargain in good faith over the course of the negotiations was that no collective agreement had been reached. The fact that the historic failures of both parties to bargain in good faith over the long course of negotiations led to the lack of a collective agreement does not justify the imposition of the complete terms of a collective agreement on one of those parties which happens to now be in breach of its good faith bargaining duty in only one particular respect.

Section 99(2) requires that the consequence which the Board seeks to remedy be one adverse to the objects of the Code. The Board incorrectly concluded that the failure to reach a collective agreement was adverse to the

mer à la loi, qui est prévue au par. 99(1). Il autorise le Conseil à rendre les ordonnances qu'il estime «juste» de rendre pour remédier aux effets des violations du Code et lui confère la compétence pour rendre des ordonnances que, normalement, il ne serait pas habilité à rendre. Pour décider si l'ordonnance que le Conseil a rendue relève de la compétence que lui attribue le par. 99(2), il faut considérer l'effet réel de l'ordonnance. L'ordonnance non seulement oblige l'appelante à déposer une offre, mais énonce en détail nombre des conditions précises que l'offre doit contenir. Force est de conclure qu'en insérant dans son ordonnance des clauses qui n'avaient aucun rapport avec la «mauvaise foi» alléguée, le Conseil a imposé à l'employeur une convention collective complète.

Le libellé du par. 99(2) impose de toute évidence au moins deux limitations aux réparations qui peuvent être accordées en vertu de ce paragraphe: (1) il doit y avoir un lien rationnel entre la violation du Code, un effet qui est néfaste à la réalisation des objectifs du Code, et la réparation; (2) la réparation doit assurer la réalisation des objectifs du Code. Même si le «lien requis» entre la violation, les conséquences et la réparation se réduit à un «lien rationnel», le lien est absent dans la présente espèce. L'objet fondamental du Code est le règlement positif des différends de travail grâce «aux libres négociations collectives» entre les parties. Les autres objectifs importants énumérés dans le préambule ne doivent être réalisés que par l'encouragement des libres négociations collectives.

La violation qui a amené le Conseil à intervenir était la négociation de mauvaise foi reprochée à l'appelante au sujet des employés congédiés. Le Conseil n'a pas conclu qu'en négociant de mauvaise foi à l'égard de cette question, l'appelante avait empêché les parties de conclure une convention collective. Il a plutôt décidé que la conséquence des omissions par les deux parties de négocier de bonne foi tout au long des négociations avait été d'empêcher la conclusion d'une convention collective. Le fait qu'une convention collective n'a pu être conclue parce que, à plusieurs reprises durant de longues négociations, les deux parties ont omis de négocier de bonne foi ne saurait autoriser l'imposition d'une convention collective complète à l'une des parties qui se trouve à manquer, à ce moment-là, à son obligation de négocier de bonne foi à l'égard d'un seul point.

Le paragraphe 99(2) exige que les effets que le Conseil cherche à remédier soient néfastes à la réalisation des objectifs du Code. Le Conseil a décidé à tort que la non-conclusion d'une convention collective était néfaste

objects of the Code. The objects of the Code are the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes by the parties through the collective bargaining process. The obligations of the bargaining parties under the Code are to bargain in good faith and to "make every reasonable effort". Parties are not required to reach an agreement. It is perfectly consistent with the objects of the Code for parties to negotiate to impasse provided that the good faith obligation is met.

Binding mediation and arbitration may be effective mechanisms for resolving disputes but they are mechanisms to be chosen by the parties as an alternative to free collective bargaining. The Board does not have jurisdiction to impose binding arbitration on the parties where the parties have opted to resolve their dispute through free collective bargaining. The Board's order not only lacked the requisite nexus to the breach of the Code but was also antithetical to the Code's objects.

The Board's duty, when a party breaches its obligation to bargain in good faith during free collective bargaining, is to ensure that the party properly exercises that obligation. The Board is not to deprive the party of any further opportunity to participate in the bargaining process. The conclusion the parties were not likely to resolve certain issues on their own did not justify the Board's imposing an agreement even where the Board relied on a third party mediator to impose the final terms of that agreement. Parties to free collective bargaining are entitled to continue to bargain to impasse unless Parliament chooses to intervene.

The Board had jurisdiction to impose an effective remedy even if it did not have jurisdiction to impose closure on this labour dispute by dictating the terms of a new collective agreement. It could order the employer (1) to table within a specified time a collective agreement which it was willing to honour, and (2) to cease and desist from its unreasonable position with respect to the dismissed employees (or even impose a specific term to deal with this issue alone). Such a solution would have displayed the necessary "nexus" and would have respected the fundamental objective of the Code of allowing each of the parties to engage in collective bargaining. The Board would once again be entitled to

à la réalisation des objectifs du Code. Les objectifs du Code sont l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends par les parties grâce au processus des négociations collectives. Les obligations que le Code fait aux parties sont de négocier de bonne foi et de «faire tout effort raisonnable». Les parties ne sont pas tenues de conclure une convention. Il est parfaitement compatible avec les objectifs du Code que les parties négocient jusqu'à l'impasse, pourvu qu'elles satisfassent à leur obligation de négocier de bonne foi.

La médiation et l'arbitrage exécutoires sont peut-être des mécanismes efficaces de règlement des différends, mais il revient aux parties de les choisir comme solution de rechange aux libres négociations collectives. Le Conseil n'a pas compétence pour imposer l'arbitrage exécutoire aux parties quand elles ont choisi de régler leurs différends par les libres négociations collectives. Non seulement l'ordonnance du Conseil n'a pas le lien requis avec la violation du Code, mais elle va à l'encontre des objectifs du Code.

Quand, au cours des libres négociations collectives, une partie a manqué à son obligation de négocier de bonne foi, le Conseil a le devoir de faire en sorte que cette partie exécute son obligation. Il ne doit pas la priver de la possibilité de continuer à participer au processus des négociations. La conclusion selon laquelle il y a peu de chances que les parties en viennent jamais, sans aide, à une entente sur certains points litigieux n'autorise pas le Conseil à imposer une convention, même s'il s'appuie sur un médiateur indépendant pour imposer les conditions définitives de cette convention. Les parties à la libre négociation collective ont le droit de continuer de négocier jusqu'à l'impasse, sauf intervention du législateur.

Le Conseil avait le pouvoir d'imposer une réparation efficace, même s'il n'avait pas compétence pour mettre fin à ce conflit en dictant les conditions d'une nouvelle convention collective. Il pouvait obliger l'employeur (1) à déposer dans un certain délai une convention collective qu'il était disposé à respecter, et (2) à abandonner sa position déraisonnable au sujet des employés congédiés (ou même imposer une condition précise, destinée à régler ce seul point). Une telle solution aurait comporté le «lien» nécessaire et aurait été conforme à l'objectif fondamental du Code, qui est de permettre aux deux parties de procéder à des négociations collectives. Le Conseil aurait à nouveau le pouvoir d'intervenir, si une

intervene if another impasse were to result because of further instances of "bad faith".

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; **distinguished:** *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311; **considered:** *Rogers Cable T.V. (British Columbia) Ltd.* (1987), 69 di 17; *Eastern Provincial Airways Ltd. v. Canada Labour Relations Board* (1984), 65 N.R. 81, aff'g in part *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Iberia Airlines of Spain* (1990), 80 di 165; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 133; *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197.

By Major J. (dissenting)

Royal Oak Mines Inc. (1993), 92 di 153; *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *British Columbia Telephone Co.* (1977), 24 di 164; *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197; *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1; *Iberia Airlines of Spain* (1990), 80 di 165.

autre impasse résultait de nouveaux cas de «mauvaise foi».

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; **distinction d'avec l'arrêt:** *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311; **arrêts examinés:** *Rogers Cable T.V. (British Columbia) Ltd.* (1987), 69 di 17; *Eastern Provincial Airways Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail* (1984), 65 N.R. 81, conf. en partie *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1; **arrêts mentionnés:** *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Iberia, Lignes aériennes d'Espagne* (1990), 80 di 165; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 133; *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197.

Citée par le juge Major (dissentant)

Royal Oak Mines Inc. (1993), 92 di 153; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *British Columbia Telephone Co.* (1977), 24 di 164; *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197; *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1; *Iberia, Lignes aériennes d'Espagne* (1990), 80 di 165.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, preamble, ss. 22 [am. 1990, c. 8, s. 56], 25, 50, 80, 94(3)(a)(vi), 97(1) [am. 1991, c. 39, s. 2], 98(1), 99 [am. *idem*, s. 3], 108.

Authors Cited

Adams, George W. "Labour Law Remedies". In Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law*. Toronto: Butterworths, 1983, 55.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1994), 167 N.R. 234, [1994] N.W.T.R. 179, dismissing an application for judicial review of a decision of the Canada Labour Relations Board (1993), 93 di 21, 94 C.L.L.C. ¶16,026, allowing respondent union's complaint. Appeal dismissed, Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Edward C. Chiasson, Q.C., and *M. A. Coady*, for the appellant.

Leo McGrady and *Gina Fiorillo*, for the respondent Canadian Association of Smelter and Allied Workers, Local No. 4.

Chris G. Paliare, *Andrew K. Lokan* and *Dominique Launay*, for the respondent Canada Labour Relations Board.

The following are the reasons delivered by

¹ LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the thoughtful and considered reasons of both my brethren in this appeal. While I share some of the concerns expressed by Justice Major with respect to the dramatic and intrusive nature of the Canada Labour Relations Board's choice of remedy in this instance, I ultimately find myself in agreement with the reasons and conclusions of Justice Cory. More specifically, I agree both that the Board's finding of bad faith bargaining by the employer under s. 50(a) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, fell within the specialized jurisdiction of the Board, and that this finding was not patently unreasonable under the circumstances. Additionally, I share his view that the Board's choice of

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, préambule, art. 22 [mod. 1990, ch. 8, art. 56], 25, 50, 80, 94(3)a)(vi), 97(1) [mod. 1991, ch. 39, art. 2], 98(1), 99 [mod. *idem*, art. 3], 108.

Doctrine citée

Adams, George W. «Labour Law Remedies». In Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law*. Toronto: Butterworths, 1983, 55.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1994), 167 N.R. 234, [1994] N.W.T.R. 179, qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations du travail (1993), 93 di 21, 94 C.L.L.C. ¶16,026, accueillant la plainte du syndicat intimé. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents.

Edward C. Chiasson, c.r., et *M. A. Coady*, pour l'appelante.

Leo McGrady et *Gina Fiorillo*, pour l'intimée l'Association canadienne des travailleurs de fondrie et ouvriers assimilés, section locale n° 4.

Chris G. Paliare, *Andrew K. Lokan* et *Dominique Launay*, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs réfléchis de mes deux collègues dans le présent pourvoi. Bien que je partage certaines des préoccupations que mon collègue le juge Major a exprimées au sujet de la nature radicale et interventionniste de la réparation choisie par le Conseil canadien des relations du travail dans la présente espèce, je souscris en dernière analyse aux motifs et aux conclusions du juge Cory. Plus précisément, je suis d'avis comme ce dernier que la conclusion du Conseil selon laquelle l'employeur a négocié de mauvaise foi au sens de l'al. 50a) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, relevait de sa compétence spécialisée et que cette conclusion n'était pas manifestement

remedial order in this instance, affirmatively directing the employer to table an offer with a number of imperative terms fashioned by the Board, fell within the specialized competence of the labour tribunal in light of the broad equitable discretion delegated by s. 99(2) of the Code. Given the bitter and intractable nature of this dispute, I agree with the Board's conclusion that a traditional cease-and-desist remedial order would be an "unrealistic and even a cruel waste of time" ((1993), 93 di 21, at p. 28). As such, similar to Cory J., I would find that the affirmative remedial order crafted by the Board was not patently unreasonable.

However, I have chosen to write separately because I wish to stress that such an extraordinary order, while justified in these circumstances, runs against the established grain of federal and provincial labour codes by overriding the cherished principle of "free collective bargaining" which animates our labour laws. While Cory J. is correct in emphasizing that the principle of "free collective bargaining" is not the only policy interest advanced by the Code, it is undoubtedly one of the most important and one of the most sacred. Labour movements in Eastern Europe have fought for decades to resist state-imposed collective agreements, and it would be an ironic and tragic development in our labour law if the principle of free collective bargaining were to be regularly subordinated to the societal goal of the "constructive settlement of disputes". With those thoughts in mind, I find that in the absence of exceptional and compelling circumstances such as those prevailing in this case, it will normally be patently unreasonable for a labour board to impose such an invasive remedial order in light of the core value of free collective bargaining enshrined in the Code.

déraisonnable dans les circonstances. En outre, je partage son avis que le choix de l'ordonnance réparatrice en l'espèce, obligeant positivement l'employeur à présenter une offre assortie de certaines conditions imposées par le Conseil, relevait de la compétence spécialisée du tribunal du travail, étant donné que le par. 99(2) du Code lui laisse en la matière toute latitude pour rendre l'ordonnance qu'il estime juste. Vu l'amertume et l'intransigeance qui ont marqué ce conflit, j'approuve la conclusion du Conseil selon laquelle «il serait irréaliste» de rendre l'habituelle ordonnance d'interdiction, ou ordonnance de ne pas faire, «et même que cela entraînerait un cruel gaspillage de temps» ((1993), 93 di 21, à la p. 28). À l'instar du juge Cory, je suis donc d'avis que l'ordonnance réparatrice positive conçue par le Conseil n'était pas manifestement déraisonnable.

Toutefois, je tiens à exprimer des motifs distincts pour souligner qu'une ordonnance extraordinaire comme celle-ci, encore qu'elle soit justifiée dans les circonstances, va à l'encontre des codes du travail fédéral et provinciaux car elle déroge au principe cher des «libres négociations collectives» qui inspire nos lois sur les relations du travail. Le juge Cory a certes raison de souligner que le principe des «libres négociations collectives» n'est pas le seul objectif de la politique du travail qui est consacré par le Code, mais il est certainement l'un des plus importants et l'un des plus sacrés. Les mouvements ouvriers de l'Europe de l'Est ont lutté pendant des décennies contre la pratique de l'intervention de l'État dans les conventions collectives et il serait ironique et tragique que notre droit du travail évolue dans le sens de la subordination courante du principe des libres négociations collectives à l'objectif social du «règlement positif des différends». Gardant ces réflexions à l'esprit, je suis d'avis qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles et contraignantes comme celles de la présente instance il sera manifestement déraisonnable normalement qu'un conseil des relations du travail impose une telle ordonnance réparatrice envahissante étant donné que les libres négociations collectives représentent une valeur fondamentale consacrée par le Code.

3 Subject to these comments, I concur with the judgment of Cory J. and I would dismiss the appeal.

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

4 CORY J. — In May of 1992, the unionized workers of Royal Oak Mines voted overwhelmingly to reject a tentative agreement put forward by the appellant. A strike of 18 months' duration followed. It was marked by tragic violence, and a cancerous ill will that divided workers from management, workers from workers and indeed the whole community of Yellowknife. The Canada Labour Relations Board unanimously found that the appellant employer had failed to bargain in good faith: (1993), 93 di 21, 94 C.L.L.C. ¶16,026. In light of the long history of intransigence and the bitterness of the parties the Board directed the appellant to tender the tentative agreement which it had put forward earlier with the exception of four issues about which the appellant employer had changed its position. The parties were given 30 days of bargaining to settle those issues. If they remained unresolved then compulsory mediation was to be imposed. At issue is the jurisdiction of the Board to make this order. To understand what impelled the Board to make the order and to determine if it was within its jurisdiction to do so it is necessary to set out the factual background in some detail.

I. Factual Background

5 The Giant Mine is located in Yellowknife, N.W.T., a town of some 15,000 inhabitants. In November 1990, the appellant, Royal Oak Mines Inc., acquired the Giant Mine. This gold mine had been in operation for over 50 years. It has rightly been called one of the most complex mines in Canada. Certainly it magnifies many of the inherent dangers of mining. During the 1940s and 1950s, when the price of gold was high all was well. Thereafter the mine became well known for both its poor productivity and poor labour relations. The appellant ultimately purchased it out of what was termed a soft receivership. In spite of

Sous réserve de ces observations, je souscris au jugement du juge Cory et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY — En mai 1992, les travailleurs syndiqués de Royal Oak Mines ont rejeté massivement une entente de principe proposée par l'appelante. Il en a résulté une grève de 18 mois, marquée par la violence tragique et une mauvaise volonté cancéreuse qui a provoqué des dissensions entre les travailleurs et la direction, entre les travailleurs eux-mêmes et même au sein de la collectivité de Yellowknife tout entière. Le Conseil canadien des relations du travail a conclu à l'unanimité que l'appelante (l'employeur) n'avait pas négocié de bonne foi: (1993), 93 di 21, 94 C.L.L.C. ¶16,026. Vu l'intransigence et l'amertume dont les parties ont longtemps fait preuve, le Conseil a ordonné à l'appelante d'offrir à nouveau l'entente de principe qu'elle avait déjà proposée, sauf pour quatre points à propos desquels elle avait modifié sa position. Il a donné aux parties un délai de 30 jours pour négocier un règlement sur ces points. En cas d'impasse, la médiation exécutoire serait imposée. Il s'agit de décider si le Conseil avait compétence pour rendre cette ordonnance. Pour comprendre ce qui a poussé le Conseil à rendre cette ordonnance et pour déterminer s'il avait compétence pour la rendre, il est nécessaire de faire un exposé assez détaillé des faits.

I. Les faits

La mine Giant est située à Yellowknife, ville d'environ 15 000 habitants des Territoires du Nord-Ouest. En novembre 1990, l'appelante, Royal Oak Mines Inc., en a fait l'acquisition. Il s'agit d'une mine d'or qui était exploitée depuis plus de 50 ans. Elle a été qualifiée avec raison de mine la plus complexe du Canada. Nombre des dangers inhérents à l'exploitation minière s'y trouvent certainement multipliés. Au cours des années 1940 et 1950, quand le prix de l'or était élevé, tout allait bien. Par la suite, la mine a acquis une notoriété à cause de sa faible productivité et des mauvaises relations du travail qui y régnaient. Elle a

this unhappy history the appellant was determined to turn things around and make the operation viable. Through the introduction of a new management style and a concerted effort to reduce costs wherever possible the appellant managed to reduce losses significantly in the first full year of operation. The company was less successful in improving its labour relations.

The hourly paid employees of Royal Oak employed at the Giant Mine are represented by the respondent Canadian Association of Smelter and Allied Workers, Local No. 4 (the "Union"). The Union has been the certified bargaining agent for some 240 employees at the Giant Mine since 1976. At the time the appellant acquired the mine it voluntarily recognized the Union and that it was bound by the existing collective agreement.

The Union was highly critical of the appellant's new management style and policies. In light of the tense nature of the working relationship the appellant was concerned about the difficult situation that would arise when the existing collective agreement expired in 1992 and hard bargaining would have to take place to reach a new agreement. In February 1992 the parties began the negotiations for a new collective agreement and in March the Federal Government appointed a conciliator to assist them.

Despite its initial concern, the company was pleasantly surprised by the reasonable approach taken by the union bargaining committee. The result was that, with the assistance of the conciliator, a tentative agreement was reached on April 18, 1992. However, the union membership voted by a margin of 83 percent to reject this agreement. This rejection "shocked and outraged" the appellant, whose management was not experienced in collective bargaining. The outcome of the rejection was that the employees voted to strike and were subsequently given notice of a lock-out. On May 22, 1992, work stopped at the mine and the next day, the appellant hired replacement workers to con-

finalement été achetée par l'appelante dans ce qu'on a appelé des conditions de mise sous séquestre. Malgré ces déboires, l'appelante était déterminée à renverser la situation et à rendre la mine rentable. Grâce à un nouveau style de gestion et à des efforts concertés pour réduire les coûts autant que possible, l'appelante a réussi à diminuer sensiblement les pertes au terme du premier exercice. Elle a eu moins de succès sur le plan de l'amélioration des relations du travail.

Les travailleurs rémunérés à l'heure de Royal Oak qui travaillent à la mine Giant sont représentés par le syndicat intimé, l'Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés, section locale n° 4 (le «syndicat»). Le syndicat est l'agent négociateur accrédité de quelque 240 employés de la mine Giant depuis 1976. Au moment où elle s'est portée acquéreur de la mine, l'appelante a volontairement reconnu le syndicat et admis être liée par la convention collective existante.

Le syndicat a exprimé de vives critiques à l'égard du nouveau style de gestion et des nouvelles lignes de conduite. Étant donné ces relations tendues, l'appelante était inquiète au sujet de la situation difficile qui résulterait de l'expiration de la convention collective en 1992 et estimait que la conclusion d'une nouvelle convention nécessiterait des négociations serrées. En février 1992, les parties ont commencé à négocier et, en mars, le gouvernement fédéral a désigné un conciliateur pour les aider.

En dépit de son inquiétude initiale, l'entreprise a été agréablement surprise du caractère raisonnable des demandes présentées par le comité de négociation du syndicat. Tant et si bien qu'avec l'aide du conciliateur ils en sont arrivés à une entente de principe le 18 avril 1992. Toutefois, les membres du syndicat ont voté à 83 pour 100 contre l'entente. L'appelante, dont la direction avait peu d'expérience en matière de négociation collective, a été «étonnée et outrée» par ce rejet. Il s'en est suivi un vote de grève des employés, puis un avis de lock-out. Le 22 mai 1992, c'était l'arrêt de travail à la mine et, le lendemain, l'appelante embauchait des travailleurs de remplacement pour poursuivre l'ex-

6

7

8

tinue operations. The long and bitter dispute began. It continued for 18 months rancorously dividing the parties and seriously damaged the entire Yellowknife community.

9 During the course of the strike the appellant employed Pinkerton's of Canada as a private security force to deal with the frequent violence on the picket line which, on one occasion, developed into a full riot. Unfortunately, the sight of these guards in camouflage gear, accompanied by attack dogs, inflamed and maintained the passionate enmity of the strikers. In June 1992, an experienced federal mediation officer was appointed to assist the parties. However, attempts at mediating a resolution of the dispute in June and July were unsuccessful.

10 After it had studied reports and videos of the incidents of violence which occurred between June and September 1992, the appellant decided to terminate the employment of approximately 42 employees for their activities on the picket line. The number of dismissed employees eventually rose to 49. Most of the alleged misconduct occurred on June 14, 1992 when there was a brawl at the mine site. Some 151 charges were laid as a result of that day's events. Yet by November 2, 1993 only eight convictions had been entered, 16 matters remained pending and 127 of the charges had been either stayed, or withdrawn, or the accused persons had been acquitted or had been discharged at the preliminary inquiry.

11 The appellant took the position that it would not consider a process whereby the dismissed employees could be returned to work, nor was it willing to accept the inclusion of any form of a grievance arbitration clause for these workers in the new collective agreement. As a result, the issue of the dismissed employees became the greatest obstacle to the collective bargaining.

12 On September 18, 1992, there was an explosion in the mine and nine workers were killed. This act stretched to the limit the sorely tried patience of the people of Yellowknife. The far-reaching effects of the dispute, which extended well beyond just

exploitation. Un long et âpre conflit de travail venait de commencer. Il devait durer 18 mois, soulever le ressentiment chez les protagonistes et porter un dur coup à la collectivité entière de Yellowknife.

Durant la grève, l'appelante a retenu les services de Pinkerton's of Canada comme agence de sécurité privée à cause des nombreux incidents violents sur la ligne de piquetage qui ont dégénéré en émeute à un moment donné. Malheureusement, la vue de ces gardiens en tenue de camouflage accompagnés de chiens d'attaque a attisé et entretenu la colère et l'hostilité passionnée des grévistes. En juin 1992, un médiateur fédéral expérimenté a été chargé d'aider les parties. Toutefois, les tentatives faites en juin et juillet pour régler le différend par la médiation ont échoué.

Après avoir étudié les rapports et les films vidéo des actes de violence survenus entre juin et septembre 1992, l'appelante a décidé de congédier quelque 42 employés pour leurs activités sur la ligne de piquetage. Le nombre d'employés renvoyés a fini par atteindre 49. La plupart des actes répréhensibles reprochés ont été commis le 14 juin 1992, au moment d'une rixe à la mine. Quelque 151 accusations ont été portées relativement aux faits qui ont eu lieu ce jour-là. Et pourtant, le 2 novembre 1993, seulement huit déclarations de culpabilité avaient été inscrites, 16 affaires étaient en instance et 127 accusations avaient été l'objet soit d'un arrêt ou d'un retrait des procédures, soit d'un acquittement ou d'une libération à l'enquête préliminaire.

L'appelante a affirmé qu'elle ne considérerait aucun processus au terme duquel les employés congédiés pourraient être réintégrés et elle n'était pas disposée non plus à accepter l'insertion dans la convention collective d'une clause d'arbitrage des griefs visant ces travailleurs. En conséquence, la question des employés congédiés est devenue le principal obstacle à la négociation collective.

Le 18 septembre 1992, une explosion s'est produite dans la mine, tuant neuf employés. Par suite de cet acte, la patience des habitants de Yellowknife, déjà mise à rude épreuve, a atteint ses limites. Le conflit n'a pas touché que les parties en

the parties involved, must be understood in the context of the community. Yellowknife, a relatively isolated town, has a population of roughly 15,000. Some of the employment in the area is transient. Yet, there exists a core of residents who have deep roots in the community. Mining comprises a very significant part of the industry and economy of the area and the miners and their families tend to form a close knit social group. The Mayor of Yellowknife, Pat McMahon, described her community as "a community of neighbourhoods". A professor, Dr. Nightingale, who prepared a report on the dispute, concluded that "[m]inor events in the community are felt by many; significant events, such as the strike at Royal Oak touch the lives of everyone". He further observed that the hostile climate which permeated the situation was such that "beatings, murders, death threats and bomb threats have ruptured the life of the mine and the community". The severity of the dispute's impact on the community ultimately led the Mayor to write to the then Prime Minister, requesting her to do whatever it would take to get the dispute settled.

Following the explosion a striking member of the bargaining unit was charged and convicted of murder. Approximately a week after the explosion, the Minister of Human Resources and Labour suggested that the parties agree to a process of voluntary binding arbitration as a way of resolving the dispute. Despite all the violence and tragedy, the parties remained intransigent and rejected this suggestion. Accordingly, on September 30, 1992, the Minister appointed two special mediators, Messrs. Ready and Munroe, to inquire into the labour dispute and assist the parties in negotiating a settlement of the dispute and the renewal of the collective agreement. The special mediators met with representatives of the parties and, on October 30, 1992, they submitted an interim report to the Minister and the parties.

cause; ses répercussions ont eu une portée considérable qui s'explique par la situation de la collectivité. Yellowknife, qui est assez isolée, compte environ 15 000 habitants. Une partie des emplois dans la région sont occupés par des travailleurs migrants. Néanmoins, un noyau de résidents appartiennent à des familles solidement enracinées. L'exploitation minière représente une partie très importante de l'industrie et de l'économie de la région, et les mineurs et leurs familles ont tendance à former une communauté très unie. La mairesse de la ville, Pat McMahon, a décrit la collectivité comme une [TRADUCTION] «communauté de voisins». Le professeur Nightingale, qui a rédigé un rapport sur le conflit, a conclu que [TRADUCTION] «[l]es incidents mineurs dans la collectivité sont ressentis par un grand nombre; les incidents importants comme la grève à la Royal Oak affectent tout le monde». Il a fait remarquer en outre que le climat d'hostilité dans lequel baignait la situation était tel que [TRADUCTION] «les tabassages, les meurtres, les menaces de mort et les alertes à la bombe ont gravement perturbé la vie de la mine et de la collectivité». La gravité de l'impact du conflit sur la collectivité a finalement amené la mairesse à écrire à la première ministre d'alors pour la prier de prendre toute mesure utile pour régler le conflit.

Par suite de l'explosion, un gréviste appartenant à l'unité de négociation a été inculpé et déclaré coupable de meurtre. Environ une semaine après l'explosion, le ministre du Développement des ressources humaines et du Travail a suggéré aux parties d'accepter un processus d'arbitrage exécutoire afin de régler le conflit. Malgré toute la violence et la tragédie, les parties sont restées intransigeantes et ont repoussé cette suggestion. Par conséquent, le 30 septembre 1992, le ministre a chargé deux médiateurs spéciaux, MM. Ready et Munroe, d'étudier le conflit de travail et d'aider les parties à négocier un règlement et à renouveler la convention collective. Les médiateurs spéciaux ont rencontré les représentants des parties et, le 30 octobre 1992, ont présenté un rapport provisoire au ministre et aux parties.

14 On November 25, 1992, these very experienced special mediators submitted a second interim report, identifying six special circumstances which made this the most difficult labour dispute they had ever witnessed. The Union accepted the report and the recommendations of the mediators, but the appellant rejected it. The next strategy adopted by the Minister was to appoint, on December 22, 1992, Messrs. Ready and Munroe as an Industrial Inquiry Commission, pursuant to s. 108 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.

15 Meanwhile, an employee association (the "GMEA"), composed of replacement workers and a small number of members of the respondent Union who had crossed the picket line, had begun an organizing effort in an attempt to displace the respondent Union. On January 11, 1993, the GMEA filed an application for certification with the Canada Labour Relations Board to replace the respondent as the certified bargaining agent. On January 29 and 30, 1993, the Industrial Inquiry Commission held formal hearings. The appellant refused to advance a bargaining position until the Board issued its determination of the employee certification application. Accordingly, the bargaining process led by the Industrial Inquiry Commission was adjourned from February 24, 1993 until May 14, 1993. On May 5, 1993, the Board dismissed the application for certification: 92 di 1. The GMEA later filed a second application for certification, but it too was rejected by the Board on June 30, 1993. On October 26, 1993 the Board issued a third decision explaining that the GMEA's certification application was rejected on the basis that the Board found the association to be employer dominated within the meaning of s. 25 of the *Canada Labour Code*: 93 di 14. The repeated attempts to have GMEA certified delayed the collective bargaining process and must have further aggravated the rancorous situation.

16 On May 25, 1993, with the dispute still continuing, the respondent Union filed a complaint

Le 25 novembre 1992, ces médiateurs spéciaux très expérimentés ont soumis un deuxième rapport provisoire dans lequel ils faisaient mention de six circonstances particulières qui faisaient de ce conflit de travail le plus difficile dont ils aient jamais été témoins. Le syndicat a accepté le rapport et les recommandations des médiateurs, mais l'appelante les a rejetés. La stratégie du ministre a consisté ensuite à désigner, le 22 décembre 1992, MM. Ready et Munroe responsables d'une commission d'enquête sur les relations du travail en application de l'art. 108 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

Entre temps, une association d'employés (la «GMEA»), composée de travailleurs de remplacement et d'un petit nombre de membres du syndicat intimé qui avaient traversé la ligne de piquetage, avait commencé à s'organiser dans le but d'évincer le syndicat intimé. Le 11 janvier 1993, la GMEA a déposé une demande d'accréditation au Conseil canadien des relations du travail en vue de remplacer l'intimé comme agent négociateur accrédité. Les 29 et 30 janvier 1993, la commission d'enquête sur les relations du travail a tenu des audiences formelles. L'appelante a refusé d'y présenter une position de négociation tant que le Conseil n'aurait pas statué sur la demande d'accréditation. En conséquence, le processus de négociation sous la direction de la commission d'enquête sur les relations du travail a été ajourné du 24 février 1993 au 14 mai 1993. Le 5 mai 1993, le Conseil a rejeté la demande d'accréditation: 92 di 1. La GMEA a ensuite déposé une deuxième demande d'accréditation, mais elle a aussi été rejetée par le Conseil le 30 juin 1993. Le 26 octobre 1993, le Conseil a rendu une troisième décision expliquant que la demande d'accréditation de la GMEA avait été rejetée parce que, de l'avis du Conseil, l'association était trop dominée par l'employeur au sens de l'art. 25 du *Code canadien du travail*: 93 di 14. Les tentatives répétées pour faire accréditer la GMEA ont retardé le processus de négociation collective et ont dû exacerber le ressentiment.

Le 25 mai 1993, pendant que le conflit se poursuivait, le syndicat intimé a déposé une plainte

against the appellant pursuant to s. 50(a) of the *Canada Labour Code*, alleging that the appellant had failed to bargain in good faith and to make every reasonable effort to enter into a collective agreement. While the complaint was pending, the Industrial Inquiry Commissioners proposed to the parties a process of binding recommendation to facilitate the resolution of the labour dispute. While the Union agreed to the process, the appellant took the position that the only matter it would agree to submit to binding recommendation was the duration of the collective agreement which it hoped would be for five to seven years or for the balance of the life of the mine.

As a result of the appellant's rejection of the Industrial Inquiry process the Commissioners twice requested the appellant to provide a detailed written statement of its current position on all outstanding issues. The Commissioners indicated that without some submission or position put forward by the appellant they could go no further and that a final report would be forthcoming. The appellant refused to provide the requested statement or submission. As a result, on September 13, 1993, the Industrial Inquiry Commissioners issued their final report to the Minister and the parties. It included comprehensive recommendations for the resolution of the dispute. On September 28, 1993, the Union notified the Minister that it accepted the final report and recommendations. However, the appellant rejected it.

On November 11, 1993, the Canada Labour Relations Board found that the appellant had failed to bargain in good faith as required by s. 50 of the Code and therefore, allowed the Union's complaint. This marked the fifth decision of the Board arising from the dispute. As a remedy, the Board directed that the appellant table an offer based on the tentative agreement which the appellant had offered on April 18, 1992, excluding the four issues on which the appellant had changed its position and the issue as to the term of the agreement. As well, the Board added a back-to-work protocol encompassing a standard grievance arbitration procedure for the dismissed employees. With respect

contre l'appelante conformément à l'al. 50a) du *Code canadien du travail*, alléguant qu'elle n'avait pas négocié de bonne foi et n'avait pas fait tous les efforts raisonnables pour conclure une convention collective. Alors que la plainte était pendante, les membres de la commission d'enquête sur les relations du travail ont proposé aux parties un processus de recommandation exécutoire pour faciliter le règlement du conflit de travail. Le syndicat a accepté le processus, mais l'appelante a affirmé que le seul point qu'elle accepterait de soumettre à une recommandation exécutoire était la durée de la convention collective qu'elle espérait voir fixée à une période de cinq à sept ans ou au reste de la durée de vie de la mine.

Par suite du rejet par l'appelante du processus proposé par la commission d'enquête, les commissaires ont demandé par deux fois à l'appelante de leur fournir un énoncé écrit et détaillé de sa position sur toutes les questions non réglées. Les commissaires ont indiqué que si l'appelante ne présentait pas d'exposé ou de position, ils ne pourraient pas poursuivre leur travail et présenteraient un rapport final. L'appelante a refusé de faire connaître sa position. En conséquence, le 13 septembre 1993, la commission d'enquête a soumis son rapport final au ministre et aux parties. Il contenait des recommandations globales tendant au règlement du conflit. Le 28 septembre 1993, le syndicat a avisé le ministre qu'il acceptait le rapport final et les recommandations. L'appelante les a cependant rejetés.

Le 11 novembre 1993, le Conseil canadien des relations du travail a conclu que l'appelante n'avait pas négocié de bonne foi comme l'exige l'art. 50 du Code et a donc fait droit à la plainte du syndicat. C'était là la cinquième décision du Conseil concernant le conflit. Comme réparation, le Conseil a ordonné à l'appelante de déposer une offre fondée sur l'entente de principe qu'elle avait proposée le 18 avril 1992, en en excluant les quatre points à propos desquels elle avait modifié sa position et la question de la durée de la convention. De plus, le Conseil a ajouté un protocole de retour au travail renfermant une procédure normale d'arbitrage des griefs pour les employés congédiés.

17

18

to the unresolved issues the parties were given an additional 30 days to bargain with the aim of resolving the issues, following which there would be mediation to finality. The Board ordered the appellant to offer the collective agreement for a term of three years.

19 The labour dispute ended when the collective agreement tabled by the appellant was ratified by the Union's membership. In December 1993, the locked out and striking employees, except those who had been dismissed, were recalled to work at the mine site. The grievance arbitration process for the dismissed employees commenced in January 1994 and lasted five months. The result of the hearing was that 44 employees were reinstated and/or awarded severance pay, or were simply awarded severance pay, only three dismissals were upheld and two cases were adjourned indefinitely.

20 On March 24, 1994, the Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application for judicial review of the decision of the Canada Labour Relations Board: (1994), 167 N.R. 234, [1994] N.W.T.R. 179. The appellant brought this appeal from that decision.

II. Decisions Below

Canada Labour Relations Board (1993), 93 di 21

21 After eight days of evidence, the panel of the Board hearing the matter unanimously concluded that the employer had failed to fulfil its obligation required by s. 50 of the *Canada Labour Code* in three ways. Firstly, the appellant, by refusing to agree to any provision for the arbitration of questions arising from the discharge of the 45 employees, and the refusal to permit them to return to work under any circumstances, placed an improper precondition on bargaining. The Board found that the appellant's position on this issue had "blocked bargaining completely" (p. 27). Secondly, the appellant had breached the duty to bargain in good faith by demanding a probationary clause for returning employees. The Board found that this demand was contrary to public policy and offended

Quant aux questions non réglées, un délai additionnel de 30 jours a été accordé aux parties pour négocier un règlement, sans quoi il y aurait médiation exécutoire. Le Conseil a ordonné à l'appelante d'offrir une convention collective de trois ans.

Le conflit de travail a pris fin quand la convention collective déposée par l'appelante a été ratifiée par les syndiqués. En décembre 1993, les employés en lock-out et en grève, sauf ceux qui avaient été congédiés, ont été rappelés au travail à la mine. Le processus d'arbitrage des griefs pour les employés congédiés a commencé en janvier 1994 et a duré cinq mois. Par suite des audiences, 44 employés ont été réintégrés et ont reçu une indemnité de départ, ou ont simplement reçu une indemnité de départ; seulement trois congédiements ont été maintenus et deux cas ont été ajournés indéfiniment.

Le 24 mars 1994, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du Conseil canadien des relations du travail présentée par l'appelante: (1994), 167 N.R. 234, [1994] N.W.T.R. 179. Celle-ci a formé le présent pourvoi contre cet arrêt.

II. Décisions des juridictions inférieures

Conseil canadien des relations du travail (1993), 93 di 21

Après huit jours d'audience, la formation du Conseil qui a entendu l'affaire a conclu à l'unanimité que l'employeur n'avait pas rempli son obligation prescrite par l'art. 50 du *Code canadien du travail* sous trois aspects. Premièrement, en refusant d'accepter toute clause d'arbitrage pour les questions relatives au congédiement des 45 employés et en s'opposant à leur retour au travail à quelque condition que ce soit, l'appelante a assujéti la négociation à une condition illégitime. Le Conseil a conclu que la position de l'appelante sur ce point avait «provoqué un blocage complet des négociations» (p. 27). Deuxièmement, l'appelante avait manqué à l'obligation de négocier de bonne foi en exigeant une clause relative à une période probatoire pour les employés qui reprenaient le tra-

established labour principles. Finally, the appellant's refusal to negotiate with the respondent Union pending the results of the GMEA certification application was also found to be unlawful and that it had delayed collective bargaining between the parties. The Board chose to intervene on the first violation only. The members concluded (at p. 28) that:

One of the consequences of the parties' failures to comply with section 50 is that no collective agreement has been reached, where one could have been reached, and in our view would have been reached were it not for those failures, and that consequence is, in the instant case, one that is adverse to the fulfilment of the objectives of the Code.

The Board found that the usual procedure following the dismissal of employees for misconduct during a strike is to provide a procedure in the new collective agreement for determining the claims that the dismissals were not for just cause. The Board determined that, by refusing even to negotiate on this important issue, the appellant had placed "an improper precondition on the resumption of bargaining" (p. 24). This constituted a failure to bargain in good faith.

The Board noted that the appellant's concern for the safety of the other employees, if the dismissed employees were to return to work, was a "sincerely and deeply held" position. Nevertheless, the Board decided that it was inappropriate, in the collective bargaining context, for the appellant to be both accuser and judge of the dismissed employees' claims. Instead, a proper grievance arbitration process was required.

The Board noted that the Union, too, had been guilty of bad faith bargaining, but found that it was not necessary to deal with this, as no complaint had been brought by the appellant against the Union. The Board, in considering the issue of remedy and its powers under s. 99(2) of the Code, acknowledged that it should be careful to limit its intervention in the parties' negotiations. However,

vail. Le Conseil a décidé que cette exigence était contraire à la politique d'intérêt public et contrevenait aux principes établis en matière de relations du travail. Enfin, il a jugé illicite le refus de l'appelante de négocier avec le syndicat intimé en attendant l'issue de la demande d'accréditation de la GMEA et conclu que ce refus avait retardé la négociation collective. Le Conseil a choisi de n'intervenir que par rapport à la première violation. Les membres ont conclu (à la p. 28):

L'un des effets des violations par les parties de l'article 50 a été d'empêcher qu'une convention collective soit conclue alors qu'elle aurait pu l'être et qu'elle l'aurait été à notre avis, n'eût été de ces violations. En l'espèce, cet effet nuit à la réalisation des objectifs du Code.

Le Conseil a décidé que la façon de procéder habituelle en cas de congédiement d'employés pour leur conduite répréhensible durant une grève était de prévoir dans la nouvelle convention collective une procédure en vue de trancher les allégations de congédiement illégitime. Le Conseil a conclu que, en refusant même de négocier sur ce point important, l'appelante avait imposé «une condition préalable qui n'était pas propice à la reprise des négociations» (p. 24). Elle avait ainsi manqué à son obligation de négocier de bonne foi.

Le Conseil a fait observer que l'inquiétude de l'appelante au sujet de la sécurité des autres employés, si les employés congédiés étaient réintégrés, procédait «d'une conviction profonde». Néanmoins, le Conseil a décidé qu'il ne convenait pas, dans le contexte de la négociation collective, que l'appelante soit à la fois accusateur et juge en ce qui concerne les litiges découlant des congédiements. Il s'imposait plutôt de prévoir un mécanisme approprié de règlement des griefs.

Le Conseil a signalé que le syndicat avait également manqué à son devoir de négocier de bonne foi, mais il a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'étudier ce point car l'appelante n'avait pas porté plainte contre le syndicat. Quant à la question de la réparation et des pouvoirs que le par. 99(2) du Code lui confère, le Conseil a reconnu qu'il devait tenter de limiter son intervention dans les négocia-

22

23

24

in this case, the Board decided that to issue the usual remedy of a cease and desist order, or a direction to the parties to bargain, would be “unrealistic and even a cruel waste of time” (p. 28). It put forward the position in this way (at p. 29):

Given that these parties have exhausted all possible sources of assistance — conciliation, mediation, ministerial intervention and an industrial inquiry commission, and given the damage to the community which their intransigence has caused, we consider that it would be wrong to prolong this agony further.

25 The Board will normally order the company to present to the Union, for ratification, an offer similar to its “last offer” from which any improper or illegal demands are removed. In this case, no complete last offer by the parties could be clearly identified. The main component of the remedial order which the Board issued was that the appellant table, with the respondent Union as its formal offer of a collective agreement, the tentative agreement, which constituted the last offer which it made to the Union. Four items of the tentative agreement were excepted. The Union had initially rejected the tentative agreement of April 18, 1992, but had since accepted it. The Union was to be given an opportunity to ratify this offer. Failing ratification, the parties were directed to meet and make every reasonable effort to enter into a collective agreement.

26 The four items excluded from the agreement, dealt with transportation, statutory holidays, an aspect of wages and safety inspections. They were to be the subject of negotiations between the parties for 30 days. Failing agreement on these items, the matters would be referred to the special mediators for mediation to finality. Two other items included in the formal offer were a three-year duration clause for the collective agreement with a provision to facilitate the establishment of a successor agreement; and a back-to-work protocol, with a process for expedited grievance arbitration for the dismissed employees.

tions des parties. Toutefois, en l’espèce, le Conseil a décidé qu’il serait «irréaliste» de rendre l’habituelle ordonnance de ne pas faire, ou ordonnance d’interdiction, ou d’enjoindre aux parties de négocier «et même que cela entraînerait un cruel gaspillage de temps» (p. 28). Il s’est exprimé dans ces termes (à la p. 29):

Étant donné que les parties ont épuisé toutes les voies d’assistance qui s’offraient à elles (conciliation, médiation, intervention du Ministre et commission d’enquête sur les relations du travail), et compte tenu des torts subis par la collectivité du fait de leur intransigence, nous sommes d’avis que ce serait une erreur de laisser la situation se prolonger davantage.

En temps normal, le Conseil aurait ordonné à l’entreprise de soumettre à la ratification du syndicat une offre semblable à sa «dernière offre», amputée de ses exigences inadéquates ou illégales. Dans le cas présent, aucune dernière offre complète ne pouvait être déterminée clairement. Le principal élément de la réparation ordonnée par le Conseil obligeait l’appelante à déposer à titre d’offre officielle de convention collective auprès du syndicat l’entente de principe qui constituait sa dernière offre faite au syndicat, à l’exception de quatre points de cette entente. Le syndicat avait d’abord rejeté l’entente de principe du 18 avril 1992, mais l’avait acceptée depuis. Le syndicat devait avoir la possibilité de ratifier cette offre. À défaut de ratification, il était ordonné aux parties de se rencontrer et de faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective.

Les quatre points exclus de la convention concernaient le transport, les jours fériés, un aspect des salaires et les inspections de sécurité. Ils devaient faire l’objet de négociations entre les parties durant 30 jours. En l’absence de règlement de ces points, ils devaient être renvoyés aux médiateurs spéciaux pour qu’il y ait médiation exécutoire. Deux autres points ont été insérés dans l’offre officielle: une clause fixant à trois ans la durée de la convention et comprenant une disposition destinée à faciliter la conclusion de la prochaine convention, et un protocole de retour au travail, comportant une procédure d’arbitrage accéléré des griefs des employés congédiés.

Federal Court of Appeal (1994), 167 N.R. 234

The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application for judicial review of the decision of the Canada Labour Relations Board. Hugessen J.A., writing on behalf of the court, considered the manner in which the Board arrived at the remedial order. He noted that the Board took into account the long and bitter history of the negotiations, and gave careful consideration to the report and recommendations of the Industrial Inquiry Commission. Hugessen J.A. also observed that this panel of Board members "had acquired an intimate knowledge of the course of negotiations between the parties" (p. 237) through the four other decisions it had already rendered during the dispute. Hugessen J.A. noted further that the Board did not lightly approach its task of fashioning an appropriate remedy; rather, it paid particular attention to the powers ascribed to it under s. 99 for addressing violations of the Code. Hugessen J.A. then reviewed the particulars of the Board's final order.

With respect to the Board's finding that the appellant had breached the duty to bargain in good faith and make every reasonable effort to reach a collective agreement Hugessen J.A. concluded that the Board's conclusions were not so patently unreasonable as to amount to an excess of jurisdiction. He reasoned that a finding of bad faith "necessarily involves drawing inferences from conduct and interpreting words and gestures as having a meaning and a purpose different from what would appear on the surface" (p. 237). He added that no party will admit that it bargained in bad faith. Therefore, the Board, which heard the evidence, must be left to decipher the true intentions and state of mind of the parties. He therefore refused to interfere with the Board's findings in this regard.

As far as the remedy granted by the Board was concerned, Hugessen J.A. was satisfied that there was a rational connection between the consequence of the breach, namely, the failure to reach

Cour d'appel fédérale (1994), 167 N.R. 234

La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du Conseil canadien des relations du travail présentée par l'appelante. Au nom de la Cour, le juge Hugessen a examiné comment le Conseil en était arrivé à la réparation ordonnée. Il a fait observer que le Conseil avait tenu compte du fait que les négociations avaient été longues et amères, et examiné attentivement le rapport et les recommandations de la commission d'enquête sur les relations du travail. Le juge Hugessen a également fait remarquer que les membres constituant cette formation du Conseil «étaient bien au courant de l'évolution des négociations entre les parties» (p. 237), ayant été appelés à rendre quatre autres décisions concernant le conflit. Il a signalé en outre que le Conseil n'avait pas entrepris à la légère sa tâche de concevoir une réparation convenable, ayant plutôt fait tout particulièrement attention aux pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 99 à l'égard des violations du Code. Le juge Hugessen a ensuite étudié en détail l'ordonnance définitive du Conseil.

Quant à la conclusion du Conseil selon laquelle l'appelante avait manqué à son obligation de négocier de bonne foi et de faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective, le juge Hugessen a statué qu'elle n'était pas manifestement déraisonnable au point de constituer un exercice abusif de sa compétence. À son avis, pour décider qu'une partie a négocié de mauvaise foi, «il faut nécessairement tirer des conclusions au sujet de la conduite de la partie en question et dire que certains mots et gestes ont un sens et un objet différents de ce qu'ils ont en apparence» (p. 237). Il a ajouté qu'aucune partie n'admettra avoir négocié de mauvaise foi. En conséquence, il convient de laisser au Conseil, qui a entendu la preuve, le soin de déchiffrer les intentions et l'état d'esprit véritables des parties. Il a donc refusé de modifier les conclusions de fait tirées par le Conseil sur cette question.

En ce qui a trait à la réparation accordée par le Conseil, le juge Hugessen était convaincu qu'il y avait un lien rationnel entre la conséquence de la violation, soit l'omission de conclure une entente,

27

28

29

an agreement, and the remedy provided by the order. He deferred to the Board's expertise and experience in fashioning remedies and held that the specific order imposed by the Board was a matter falling within the tribunal's discretion. Hugessen J.A. was sensitive to the broad nature of the Board's order, and observed that (at p. 237):

Certainly, there can be no doubt that the Board was extremely conscious that its intervention was at the extreme limits of the permissible and that it was only because of the unique, and indeed, tragic history of the relations between the parties that it was prepared to place such serious restraints upon their ability to bargain freely.

30

He noted that, ultimately, the Board's order resulted in the appellant's having to table an agreement based on the recommendations of the Industrial Inquiry Commission. The principal reason for the appellant's rejecting the recommendations of the Commission was the presence of an arbitration clause which could be utilized by the dismissed employees. This was the very basis on which the appellant had breached the duty to bargain in good faith. Therefore, an agreement which was substantially agreeable to both parties, but included a term which eliminated the bargaining obstacle, was a remedy with a clear linear connection to the breach and its consequences.

III. Relevant Statutory Provisions

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2

[Preamble]

WHEREAS there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes;

AND WHEREAS Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of

et la réparation prévue par l'ordonnance. Il a déferé à l'expérience et à la compétence du Conseil dans ce domaine et conclu que l'ordonnance rendue par celui-ci relevait de son pouvoir discrétionnaire. Il a tenu compte de la portée considérable de l'ordonnance du Conseil et fait observer (à la p. 237):

Le Conseil était certainement bien conscient du fait que son intervention se situait à la limite extrême de ses pouvoirs et ce n'est qu'en raison de l'histoire unique, voire tragique des relations entre les parties qu'il était prêt à imposer des restrictions aussi importantes en ce qui a trait à leur capacité de négocier librement.

Il a fait remarquer qu'en définitive l'ordonnance du Conseil obligeait l'appelante à déposer une convention fondée sur les recommandations de la commission d'enquête sur les relations du travail. La principale raison pour laquelle l'appelante avait rejeté ces recommandations était la présence d'une clause d'arbitrage que pouvaient invoquer les employés congédiés. C'est le motif même pour lequel il a été jugé que l'appelante n'avait pas négocié de bonne foi. Par conséquent, une convention que les deux parties considéraient comme acceptable en substance, mais qui renfermait une condition qui supprimait l'obstacle à la négociation, était une réparation qui avait un lien clair avec la violation et ses conséquences.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2

[Préambule]

Attendu:

qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations du travail fructueuses permettant

good working conditions and sound labour-management relations;

d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs;

AND WHEREAS the Parliament of Canada desires to continue and extend its support to labour and management in their cooperative efforts to develop good relations and constructive collective bargaining practices, and deems the development of good industrial relations to be in the best interests of Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all;

que le Parlement du Canada désire continuer et accentuer son appui aux efforts conjugués des travailleurs et du patronat pour établir de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends, et qu'il estime que l'établissement de bonnes relations du travail sert l'intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès . . .

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Court Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale* et dans le cadre de cette loi.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action — décision, ordonnance ou procédure — du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure:

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

50. Une fois l'avis de négociation collective donné aux termes de la présente partie, les règles suivantes s'appliquent:

50. Where notice to bargain collectively has been given under this Part,

(a) the bargaining agent and the employer, without delay, but in any case within twenty days after the notice was given unless the parties otherwise agree, shall

a) sans retard et, en tout état de cause, dans les vingt jours qui suivent ou dans le délai éventuellement convenu par les parties, l'agent négociateur et l'employeur doivent:

(i) meet and commence, or cause authorized representatives on their behalf to meet and commence, to bargain collectively in good faith, and

(i) se rencontrer et entamer des négociations collectives de bonne foi ou charger leurs représentants autorisés de le faire en leur nom;

(ii) make every reasonable effort to enter into a collective agreement;

(ii) faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective;

97. (1) Subject to subsections (2) to (5), any person or organization may make a complaint in writing to the Board that

(a) an employer, a person acting on behalf of an employer, a trade union, a person acting on behalf of a trade union or an employee has contravened or failed to comply with . . . section . . . 50

98. (1) Subject to subsection (3), on receipt of a complaint made under section 97, the Board may assist the parties to the complaint to settle the complaint and shall, where it decides not to so assist the parties or the complaint is not settled within a period considered by the Board to be reasonable in the circumstances, hear and determine the complaint.

99. (1) Where, under section 98, the Board determines that a party to a complaint has contravened or failed to comply with subsection 24(4) or 34(6) or section 37, 50, 69, 94, 95 or 96, the Board may, by order, require the party to comply with or cease contravening that subsection or section

(2) For the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any contravention of or failure to comply with any provision to which subsection (1) applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under that subsection, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

IV. Analysis

31

This appeal raises two key issues:

1. Was the respondent Board's finding that the appellant had engaged in bad faith bargaining patently unreasonable?
 2. Did the respondent Board exceed its jurisdiction in respect of its remedial order?
- A. *The Jurisdiction of the Canada Labour Relations Board*

97. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), toute personne ou organisation peut adresser au Conseil, par écrit, une plainte reprochant:

a) soit à un employeur, à quiconque agit pour le compte de celui-ci, à un syndicat, à quiconque agit pour le compte de celui-ci ou à un employé d'avoir manqué ou contrevenu aux [. . .] articles [. . .] 50

98. (1) Sous réserve du paragraphe (3), le Conseil peut, sur réception d'une plainte présentée au titre de l'article 97, aider les parties à régler le point en litige; s'il décide de ne pas le faire ou si les parties ne sont pas parvenues à régler l'affaire dans le délai qu'il juge raisonnable dans les circonstances, il l'instruit lui-même.

99. (1) S'il décide qu'il y a eu violation des paragraphes 24(4) ou 34(6) ou des articles 37, 50, 69, 94, 95 ou 96, le Conseil peut, par ordonnance, enjoindre à la partie visée par la plainte de cesser de contrevenir à ces dispositions ou de s'y conformer

(2) Afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente partie, le Conseil peut rendre, en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1), une ordonnance qu'il est juste de rendre en l'occurrence et obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs.

IV. Analyse

Le présent pourvoi soulève deux questions principales:

1. La conclusion du Conseil intimé selon laquelle l'appelante n'a pas négocié de bonne foi était-elle manifestement déraisonnable?
 2. Le Conseil intimé a-t-il excédé sa compétence en rendant son ordonnance réparatrice?
- A. *La compétence du Conseil canadien des relations du travail*

(1) Standard of Review on the Finding of Bad Faith Bargaining

What should be the standard of review of the finding of the Canada Labour Relations Board that the appellant failed to bargain in good faith? There are several grounds which can be used as the basis for concluding that the decision of the Board on this issue need not be correct. Rather, it must be upheld, unless it can be found to be patently unreasonable. This is properly a very deferential standard. See *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941. The first and primary indication that this is the requisite degree of deference is given by the provisions of the *Canada Labour Code*. Section 50(a) of the Code provides that the parties have a duty to bargain in good faith and to make a reasonable effort to enter into a collective agreement. Section 97(1) of the same Code provides that either party may make a complaint to the Board that the other parties failed to comply with the requirement to bargain in good faith. Section 98(1) provides that the Board may assist the parties to settle the complaint or hear and determine the complaint. Lastly, s. 22(1) of the Code provides that the decision of the Board is final and is not to be questioned or reviewed in any court subject to the exceptions set out in s. 18.1(4)(a), (b) or (e) of the *Federal Court Act* which are not applicable in this case.

It is clear then that the question as to whether or not the parties bargained in good faith is one which falls squarely within the jurisdiction of the Board. This is a matter that has been assigned to the Board by Parliament in its enabling legislation. This would be sufficient in itself to determine that the Board's decision should not be the subject of court interference unless it is patently unreasonable.

Yet, there are other factors which also point to this degree of deference being appropriate. The expertise and experience of the members of the Board in the difficult and sensitive field of labour relations demonstrates that the Board is best suited to resolve this very issue. Moreover, whether or not a party has bargained in good faith is primarily

(1) La norme de contrôle quant à la conclusion qu'une partie n'a pas négocié de bonne foi

Quelle doit être la norme de contrôle applicable à la conclusion du Conseil canadien des relations du travail selon laquelle l'appelante n'a pas négocié de bonne foi? Plusieurs motifs peuvent nous autoriser à conclure qu'il n'est pas nécessaire que la décision du Conseil sur ce point soit correcte. Elle doit être confirmée, à moins d'être jugée manifestement déraisonnable. La norme doit à juste titre être celle du plus haut degré de retenue. Voir *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941. La première et principale indication qu'il s'agit là du degré de retenue exigé se trouve dans le *Code canadien du travail*. L'alinéa 50a) du Code dispose que les parties ont l'obligation de négocier de bonne foi et de faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective. Le paragraphe 97(1) du Code porte que chacune des parties peut adresser au Conseil une plainte reprochant à l'autre d'avoir manqué à l'obligation de négocier de bonne foi. Le paragraphe 98(1) dit que le Conseil peut aider les parties à régler l'affaire ou l'instruire lui-même. Enfin, le par. 22(1) du Code dispose que la décision du Conseil est définitive et n'est pas susceptible de contestation ou de révision par voie judiciaire, sous réserve des exceptions prévues aux al. 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale*, lesquelles ne sont pas applicables en l'espèce.

De toute évidence, donc, la question de savoir si les parties ont négocié de bonne foi ressortit incontestablement au Conseil. Cette compétence lui a été attribuée par sa loi habilitante. Ce motif suffirait en soi pour que l'on puisse conclure que la décision du Conseil ne doit pas être modifiée par une cour de justice, sauf si elle est manifestement déraisonnable.

Pourtant, d'autres facteurs tendent à montrer que c'est le degré de retenue qui convient. La compétence et l'expérience des membres du Conseil dans le domaine difficile et délicat des relations du travail sont la preuve que le Conseil est le mieux placé pour trancher la question en litige. De plus, la question de savoir si les parties ont négocié de

32

33

34

a question of fact which the Board is well qualified to determine. See for example the reasons of Dickson J. (as he then was) dissenting, but not on this point, in *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311 (the “*Digby School Board*” case), at p. 342.

35

Further, the importance and significance that should be attached to the Board’s expertise has been recognized by Parliament in the wording of the strong privative clause set out in s. 22. Ever since the decision was rendered in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, it has been recognized that the existence of a privative clause serves as a clear indication to the courts that decisions of a labour relations board made within its jurisdiction are protected and sheltered from strict judicial scrutiny. A consideration of these factors leads inexorably to the conclusion that the decision of the Board on this issue cannot be subject to judicial review unless it is patently unreasonable.

36

In summary, there are a number of factors which lead to the conclusion that the Board’s decision on this issue must not be interfered with unless it is patently unreasonable. These factors include (a) the presence of a clear and strongly worded privative clause; (b) the provisions of the *Canada Labour Code* which demonstrate that the decision is clearly one which falls within the jurisdiction of the Board; (c) the decision that there was a lack of good faith is essentially a finding of fact which should be left to the Board; (d) the Board has expertise and experience in dealing with precisely this type of question; and (e) the courts have very properly shown a high degree of deference to the decisions of labour relations boards.

(2) Is The Board’s Finding of Lack of Good Faith Bargaining by the Appellant Patently Unreasonable?

37

The Board found that the appellant had breached the duty to bargain in good faith in three ways. First, the appellant refused to bargain with the

bonne foi est avant tout une question de fait qu’il est tout à fait compétent pour trancher. Voir, par exemple, les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, mais non sur ce point, dans *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311 (l’arrêt «*Commission scolaire de Digby*»), à la p. 342.

En outre, l’importance qu’il y a lieu d’attacher à la compétence du Conseil a été reconnue par le législateur dans le libellé catégorique de la clause privative de l’art. 22. Depuis l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, il a été reconnu que l’existence d’une clause privative indique clairement aux cours de justice que les décisions rendues par un conseil des relations du travail, lorsqu’elles relèvent de sa compétence, sont protégées contre un examen judiciaire strict. La prise en compte de ces facteurs amène inexorablement tout tribunal à conclure que la décision du Conseil sur ce point ne saurait être l’objet d’un contrôle judiciaire, sauf si elle est manifestement déraisonnable.

En résumé, nombre de facteurs nous autorisent à conclure qu’il ne faut pas modifier la décision du Conseil sur ce point, sauf si elle est manifestement déraisonnable. Ces facteurs sont notamment: a) la présence d’une clause privative claire et formelle; b) les dispositions du *Code canadien du travail* qui montrent que la décision relève clairement de la compétence du Conseil; c) la décision quant à l’absence de bonne foi est essentiellement une conclusion de fait qu’il appartient au Conseil de tirer; d) le Conseil a la compétence et l’expérience requises pour statuer sur ce type précis de question; e) les cours de justice ont fait preuve tout à fait à bon droit de beaucoup de retenue à l’égard des décisions des conseils de relations du travail.

(2) La conclusion du Conseil selon laquelle l’appelante n’a pas négocié de bonne foi est-elle manifestement déraisonnable?

Le Conseil a décidé que l’appelante avait manqué à son obligation de négocier de bonne foi sous trois aspects. Premièrement, elle a refusé de

respondent Union, the exclusive bargaining agent of the employees, pending the outcome of the competing employee association, GMEA's, certification application. It is a basic principle of any labour code that the employer is obliged to recognize the certified union and bargain exclusively with that association. The GMEA was refused certification twice, and ultimately found, by the Board, to be employer dominated within the meaning of s. 25 of the Code. It could thus be readily inferred that the appellant was attempting to circumvent the bargaining agent which the employees had chosen to represent their interests. The appellant would obviously assume that if the GMEA were certified it would be easier for it to obtain important concessions in the negotiation of a new agreement. This course of action was clearly a violation of the duty to bargain in good faith.

The second breach found by the Board was the appellant's demand for a probationary clause for all returning employees. The employees had engaged in a lawful strike. They had every right to do so. For the appellant to try to penalize those who had participated in a lawful union activity undermines the operation and basic principles of the labour relations statute. Section 94(3) of the *Canada Labour Code* specifically provides that:

94. . . .

(3) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or to continue to employ or suspend, transfer, lay off or otherwise discriminate against any person with respect to employment, pay or any other term or condition of employment or intimidate, threaten or otherwise discipline any person, because the person

(vi) has participated in a strike that is not prohibited by this Part or exercised any right under this Part; [Emphasis added.]

négocier avec le syndicat intimé, agent négociateur exclusif des employés, tant qu'il n'aurait pas été statué sur la demande d'accréditation de l'association d'employés concurrente, la GMEA. Selon un principe fondamental de tout code du travail, l'employeur est obligé de reconnaître le syndicat accrédité et de négocier uniquement avec cette association. Le Conseil a refusé deux fois l'accréditation à la GMEA et il a, en fin de compte, décidé qu'elle était dominée par l'employeur au sens de l'art. 25 du Code. Il était donc facile d'en inférer que l'appelante cherchait à éviter l'agent négociateur que les employés avaient choisi pour défendre leurs intérêts. L'appelante devait évidemment présumer que si la GMEA était accréditée, il lui serait plus facile d'obtenir des concessions importantes dans la négociation d'une nouvelle convention. Cette manière d'agir allait clairement à l'encontre de l'obligation de négocier de bonne foi.

Deuxièmement, le Conseil a conclu que l'appelante avait manqué à son obligation en exigeant une clause relative à une période probatoire pour tous les employés qui reprenaient le travail. Les employés avaient déclenché une grève légale, comme ils en avaient parfaitement le droit. En essayant de punir ceux qui avaient participé à une activité syndicale légale, l'appelante minait l'application et les principes fondamentaux de la loi sur les relations du travail. Le paragraphe 94(3) du *Code canadien du travail* dit expressément:

94. . . .

(3) Il est interdit à tout employeur et à quiconque agit pour son compte:

a) de refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ou encore de la suspendre, muter ou mettre à pied, ou de faire à son égard des distinctions injustes en matière d'emploi, de salaire ou d'autres conditions d'emploi, de l'intimider, de la menacer ou de prendre d'autres mesures disciplinaires à son encontre pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

(vi) elle a participé à une grève qui n'est pas interdite par la présente partie ou exercé un droit quelconque prévu par cette dernière; [Je souligne.]

39 This position taken by the appellant was as well a breach of the duty to bargain in good faith. However the Board chose not to intervene on these two issues since bargaining did continue after the GMEA certification application was rejected, and the appellant ultimately withdrew its proposal for a back-to-work protocol for all returning employees.

40 The third violation found by the Board was the most serious. It concluded that the appellant demonstrated a failure to bargain in good faith when it refused to agree to a provision for any type of arbitration or consideration of questions arising from its discharge of the 49 employees. The Board found that this outright refusal to discuss the issue completely blocked the bargaining process. Both the Industrial Inquiry Commission and the Board noted that it must have been obvious to the appellant that no union could accept a collective agreement which lacked a grievance arbitration clause on this issue. Although the Board based its finding on this last violation, I would note that the cumulative effect of all the breaches could properly have been considered by it.

41 Every federal and provincial labour relations code contains a section comparable to s. 50 of the *Canada Labour Code* which requires the parties to meet and bargain in good faith. In order for collective bargaining to be a fair and effective process it is essential that both the employer and the union negotiate within the framework of the rules established by the relevant statutory labour code. In the context of the duty to bargain in good faith a commitment is required from each side to honestly strive to find a middle ground between their opposing interests. Both parties must approach the bargaining table with good intentions.

42 Section 50(a) of the *Canada Labour Code* has two facets. Not only must the parties bargain in good faith, but they must also make every reasonable effort to enter into a collective agreement. Both components are equally important, and a party will be found in breach of the section if it does not comply with both of them. There may well be exceptions but as a general rule the duty to enter

Cette position de l'appelante constituait aussi un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi. Toutefois, le Conseil a choisi de ne pas intervenir sur ces deux questions parce que la négociation a continué après le rejet de la demande d'accréditation de la GMEA et que l'appelante a fini par retirer sa proposition de protocole de retour au travail visant tous les employés rappelés au travail.

Le troisième manquement constaté par le Conseil était le plus grave. Le Conseil a conclu que l'appelante avait omis de négocier de bonne foi en refusant toute disposition prévoyant l'arbitrage ou quelque autre mécanisme de règlement des litiges découlant du congédiement des 49 employés. Le Conseil a estimé que ce refus catégorique de discuter de la question avait provoqué un blocage complet des négociations. Tant la commission d'enquête sur les relations du travail que le Conseil ont fait remarquer que l'appelante devait savoir qu'aucun syndicat n'accepterait une convention collective sans clause d'arbitrage des griefs concernant cette question. Quoique le Conseil ait fondé sa conclusion sur ce dernier manquement, je suis d'avis qu'il aurait bien pu tenir compte de l'effet cumulatif de tous les manquements.

Tous les codes des relations du travail fédéral et provinciaux contiennent une disposition semblable à l'art. 50 du *Code canadien du travail* qui oblige les parties à se rencontrer et à négocier de bonne foi. Pour que la négociation collective soit un processus équitable et efficace, il est essentiel que l'employeur et le syndicat négocient dans le cadre des règles établies par le code du travail applicable. Dans le contexte du devoir de négocier de bonne foi, chaque partie doit s'engager à chercher honnêtement à trouver un compromis. Les deux parties doivent se présenter à la table des négociations avec de bonnes intentions.

L'alinéa 50a) du *Code canadien du travail* prévoit une double obligation. Non seulement les parties doivent négocier de bonne foi, mais encore elles doivent faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective. Les deux éléments sont d'égale importance et une partie déroge à cette disposition si elle ne remplit pas les deux obligations. Il peut fort bien y avoir des exceptions

into bargaining in good faith must be measured on a subjective standard, while the making of a reasonable effort to bargain should be measured by an objective standard which can be ascertained by a board looking to comparable standards and practices within the particular industry. It is this latter part of the duty which prevents a party from hiding behind an assertion that it is sincerely trying to reach an agreement when, viewed objectively, it can be seen that its proposals are so far from the accepted norms of the industry that they must be unreasonable.

Section 50(a)(ii) requires the parties to “make every reasonable effort to enter into a collective agreement”. It follows that, putting forward a proposal, or taking a rigid stance which it should be known the other party could never accept must necessarily constitute a breach of that requirement. Since the concept of “reasonable effort” must be assessed objectively, the Board must by reference to the industry determine whether other employers have refused to incorporate a standard grievance arbitration clause into a collective agreement. If it is common knowledge that the absence of such a clause would be unacceptable to any union, then a party such as the appellant, in our case, cannot be said to be bargaining in good faith. On this it is significant that the special mediators made the following observation in their second interim report:

... the employer must restrain itself from taking bargaining positions which it surely must know would be unacceptable to virtually any organization of workers. It is one thing to say that circumstances have changed such that the content of the tentative agreement is no longer good enough. It is another to construct unmanageable bargaining gaps.

B. *The Appellant's Refusal to Negotiate About the Dismissed Employees*

In some cases a party's behaviour may be so egregious that it can be reasonably inferred that

mais, en règle générale, l'obligation d'entamer des négociations de bonne foi doit être appréciée selon une norme subjective alors que celle de faire tout effort raisonnable pour conclure une convention doit être évaluée selon une norme objective, le Conseil prenant en considération les normes et pratiques comparables dans le secteur d'activités. C'est la deuxième partie de l'obligation qui empêche une partie de se dérober en prétendant qu'elle tente sincèrement de conclure une entente alors qu'objectivement ses propositions sont tellement éloignées des normes acceptées dans le secteur d'activités qu'elles doivent être tenues pour déraisonnables.

Aux termes du sous-al. 50a)(ii), les parties doivent «faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective». Par conséquent, présenter une proposition ou adopter une position inflexible alors que l'on devrait savoir que l'autre partie ne pourra jamais l'accepter constitue nécessairement un manquement à cette obligation. Comme la notion d'«effort raisonnable» doit être appréciée objectivement, le Conseil doit déterminer, en fonction des normes du secteur d'activités, si d'autres employeurs ont refusé d'insérer une clause type d'arbitrage des griefs dans une convention collective. S'il est de notoriété publique que l'absence d'une telle clause serait inacceptable pour tout syndicat, alors il n'est pas possible d'affirmer qu'une partie comme l'appelante en l'espèce a négocié de bonne foi. À cet égard, il importe de signaler que les médiateurs spéciaux ont fait l'observation suivante dans le second rapport provisoire:

[TRADUCTION] ... l'employeur doit se retenir de prendre des positions de négociation dont il doit certainement savoir qu'elles seraient inacceptables aux yeux de pratiquement toute association de travailleurs. C'est une chose de dire que les circonstances ont changé à tel point que l'entente de principe n'est plus acceptable. C'en est une autre de créer des écarts entre les positions de négociation qu'il sera impossible de combler.

B. *Le refus par l'appelante de négocier la question des employés congédiés*

Parfois, la conduite d'une partie peut être tellement flagrante qu'il est raisonnablement possible

there is an unwillingness to make a real effort to reach an agreement. In those circumstances, while a party may express a desire to reach a collective agreement their actions may clearly indicate that they do not wish or intend to reach an agreement. A refusal to include such basic and standard terms in an agreement as a requirement of a just cause for dismissal clause, or a refusal to negotiate about pensions, or as in this case, a refusal to consider a grievance arbitration clause, leads to the inference that despite any "sincerely and deeply held" beliefs the party claims to have, by taking a rigid stance on such a widely accepted condition, it becomes apparent that the party (here the employer) has no real intention of reaching an agreement. In other words, the employer is breaching the duty to "make every reasonable effort to enter into a collective agreement".

45

If a party proposes a clause in a collective agreement, or conversely, refuses even to discuss a basic or standard term, that is acceptable and included in other collective agreements in comparable industries throughout the country, it is appropriate for a labour board to find that the party is not making a "reasonable effort to enter into a collective agreement". If reasonable parties have agreed to the inclusion of a grievance arbitration clause in their collective agreement, then a refusal to negotiate such a clause cannot be reasonable. The grounds on which an employer may dismiss an employee is of fundamental importance for any association of employees. For an employer to refuse an employee a grievance procedure or some form of due process, by which the employee can challenge his or her dismissal on the ground that it was not for just cause, is to deny that employee a fundamental right. In those circumstances it would be reasonable for a board to infer that no reasonable union would accept a collective agreement which lacked a grievance arbitration clause and that the employer's failure to negotiate the clause indicated a lack of good faith bargaining.

d'en inférer qu'elle n'est pas disposée à faire un effort réel pour conclure une convention. En pareil cas, bien qu'elle exprime la volonté de conclure une convention collective, ses actions peuvent laisser transparaître le souhait ou l'intention de ne pas en conclure. Le refus d'insérer dans la convention une disposition aussi fondamentale et normale qu'une clause exigeant un juste motif de congédiement ou le refus de négocier les pensions, ou, comme en l'espèce, le refus d'examiner une clause d'arbitrage des griefs autorise à conclure que, malgré les «convictions profondes» que la partie proclame, sa position inflexible sur une condition aussi communément acceptée montre à l'évidence qu'elle (l'employeur dans le cas présent) n'a pas vraiment l'intention de conclure une convention. Autrement dit, l'employeur manque à son obligation de «faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective».

Si une partie propose l'insertion d'une clause dans la convention collective ou, inversement, refuse même de discuter une condition fondamentale ou normale, qui est acceptable et incluse dans les autres conventions collectives dans ce secteur d'activités dans toutes les régions du pays, le conseil des relations du travail peut conclure à bon droit que la partie ne fait pas un «effort raisonnable pour conclure une convention collective». Si des parties raisonnables se sont entendues pour insérer une clause d'arbitrage des griefs dans leur convention, alors le refus de négocier cette clause ne saurait être raisonnable. Les motifs pour lesquels un employeur peut congédier un employé présentent une importance fondamentale pour toute association d'employés. Si un employeur refuse à un employé l'accès à une procédure d'arbitrage des griefs ou à une autre procédure équitable qui lui permette de contester la légitimité de son congédiement, il le prive de l'exercice d'un droit fondamental. En pareil cas, il serait raisonnable que le conseil en déduise qu'aucun syndicat raisonnable n'accepterait une convention collective sans clause d'arbitrage des griefs et que le refus par l'employeur de négocier la clause indique qu'il ne négocie pas de bonne foi.

To echo the finding of the Canada Labour Relations Board in *Iberia Airlines of Spain* (1990), 80 di 165, at p. 203, the appellant's bargaining position, in the case at bar, was "inflexible and intransigent to the point of endangering the very existence of collective bargaining". The Board, in *Iberia Airlines*, stated further (at p. 203) that:

The employer was not engaged in hard bargaining with the aim of protecting its legitimate interests within the framework of collective and negotiated labour relations. The employer was engaged in surface bargaining. At the formal level, it adopted an approach that was at first glance above reproach, as the usual motions are. On closer view, this approach was unlawful, unjustifiable and contrary to what is permitted in good faith bargaining. [Emphasis in original.]

In my view, this conclusion is correct and applicable to the case under consideration.

The unreasonableness of the appellant's position, in this case, can be objectively measured by looking at other cases involving similar fact situations. In *Rogers Cable T.V. (British Columbia) Ltd.* (1987), 69 di 17, the union claimed that the employer had unlawfully disciplined some of its members who were employed by the company, by suspending them from employment for acts they were alleged to have committed on the picket line while they were participating in a lawful strike. The Board dismissed the union's complaint finding that once a strike or lock-out is over and when the full employer-employee relationship is restored there is nothing in the Code preventing an employer from using its restored disciplinary powers to deal with acts of employees that occurred during the work stoppage. However, contingent on this conclusion was the Board's finding that the employer had no improper motive arising from the employees' participation in lawful union activities. The Board stated (at p. 38) that:

By using the free collective bargaining system to settle the return-to-work arrangements and by assuring the rights of the employees to grieve and arbitrate any penalties assessed [against] them, the employer has erased any hint of anti-union animus. [Emphasis added.]

46

Pour reprendre la conclusion du Conseil canadien des relations du travail dans *Iberia, Lignes aériennes d'Espagne* (1990), 80 di 165, à la p. 203, la position de négociation de l'appelante dans la présente espèce était «inflexible et intransigeante au point de mettre en péril l'existence même de la négociation collective». Dans l'affaire *Iberia, Lignes aériennes*, le Conseil ajoute, à la p. 203:

L'employeur n'a pas négocié de façon serrée (hard bargaining) en vue de protéger ses intérêts légitimes dans le cadre d'une relation de travail collective et négociée. L'employeur a négocié en surface. Au plan formel, il a adopté une attitude qui est à première vue irréprochable, dans la mesure où les gestes habituels y sont. À l'examen, cette attitude s'avère illégitime, injustifiable et contraire à ce qui est admissible en matière de négociation de bonne foi. [En caractères gras dans l'original.]

À mon avis, cette conclusion est correcte et applicable à l'affaire qui nous occupe.

47

Le caractère déraisonnable de la position de l'appelante dans la présente espèce peut être mesuré objectivement par rapport à d'autres affaires portant sur des faits semblables. Dans l'affaire *Rogers Cable T.V. (British Columbia) Ltd.* (1987), 69 di 17, le syndicat a prétendu que l'employeur avait pris des mesures disciplinaires illégales contre certains de ses membres employés par la société, en les suspendant pour des actes qu'ils auraient commis sur la ligne de piquetage durant une grève légale. Le Conseil a rejeté la plainte du syndicat, jugeant qu'une fois la grève ou le lock-out terminé et la relation employeur-employés pleinement rétablie, le Code n'interdit aucunement à l'employeur de recourir à ses pouvoirs disciplinaires rétablis en ce qui a trait aux actes survenus durant l'arrêt de travail. Toutefois, le Conseil n'a tiré cette conclusion qu'après avoir conclu que l'employeur ne s'appuyait sur aucun motif répréhensible découlant de la participation des employés aux activités légales du syndicat. Le Conseil s'est exprimé en ces termes, à la p. 38:

En utilisant le système de négociation collective libre pour conclure un protocole de retour au travail et en garantissant le droit des employés de porter plainte et de soumettre à l'arbitrage les peines qui leur seraient infligées, l'employeur a écarté tout signe d'antisindicalisme. [Je souligne.]

48 The same cannot be said for the appellant in the case at bar. The more appropriate approach would have been for the appellant to agree to the inclusion in the new collective agreement of some form of a grievance arbitration clause for the dismissed employees. It is certainly significant that after the Board decision, once a grievance arbitration process for the dismissed employees had concluded, the process resulted in 44 of the 49 employees being reinstated and/or awarded severance pay.

49 In summary, on the issue of the Board's finding that the appellant failed to bargain in good faith, I am of the view that this precise issue was by the provisions of the *Canada Labour Code* granted to the Board to decide, and that the courts should not set aside the Board's decision unless it was patently unreasonable. There is overwhelming support for the Board's finding that the appellant breached its duty to bargain in good faith by imposing an unreasonable condition to the collective bargaining process. Accordingly, the decision was clearly not patently unreasonable and the Federal Court of Appeal, recognizing this, properly deferred to the Board's finding. It is now necessary to consider the more complex issue of the Board's jurisdiction to make the remedial order.

C. *The Board's Jurisdiction To Make Remedial Orders*

50 The appellant argued that the question, as to the appropriate remedy for the Canada Labour Relations Board to have imposed in this case, involves the jurisdictional limits of the powers granted to the Board and that, accordingly, the standard by which this Court must review the order is one of correctness. I cannot agree. There is an abundance of case law which cautions courts against too easily identifying a statutory provision as jurisdictional. The words of Dickson J. in *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, at p. 233, provide the clearest example of the recognition of this principle:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my

On ne peut en dire autant de l'appelante en l'espèce. Une démarche plus appropriée aurait consisté pour elle à consentir à l'insertion dans la nouvelle convention collective d'une clause d'arbitrage des griefs pour les employés congédiés. Il importe certes de noter qu'après la décision du Conseil, le processus d'arbitrage des griefs finalement conclu a permis à 44 des 49 employés d'être réintégrés ou de toucher une indemnité de départ, ou les deux.

En résumé, quant à la conclusion du Conseil selon laquelle l'appelante n'a pas négocié de bonne foi, je suis d'avis que le *Code canadien du travail* attribuait au Conseil le pouvoir de statuer précisément sur cette question et que les cours de justice ne doivent pas annuler sa décision, sauf si elle est manifestement déraisonnable. Il était tout à fait fondé à dire que l'appelante avait manqué à son obligation de négocier de bonne foi en imposant une condition déraisonnable comme préalable à la négociation collective. De toute évidence, la décision n'était donc pas manifestement déraisonnable et la Cour d'appel fédérale, qui l'a reconnu, a déferé à juste titre à la décision du Conseil. Il y a maintenant lieu d'examiner la question plus complexe de la compétence du Conseil pour ordonner la réparation.

C. *La compétence du Conseil pour ordonner des réparations*

L'appelante a soutenu que la question de la réparation que le Conseil pouvait accorder dans la présente espèce relève des limites de la compétence qui lui est attribuée et que, par conséquent, notre Cour devait apprécier l'ordonnance selon la norme de la décision correcte. Je ne saurais souscrire à ce point de vue. Une abondante jurisprudence met les cours de justice en garde contre la tendance à trop facilement qualifier une disposition législative attributive de compétence. Les propos du juge Dickson dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 233, nous fournissent l'exemple le plus patent de la reconnaissance de ce principe:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribu-

view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

Recent support for this view is found in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at p. 181, where Iacobucci J. observed that:

... when dealing with a tribunal as specialized as the Canada Labour Relations Board, inherent in whose functioning is the need to resolve disputes quickly and with finality, courts should be reluctant to characterize a provision as jurisdictional unless it is clear that it should be so labelled. ...

In *Eastern Provincial Airways Ltd. v. Canada Labour Relations Board* (1984), 65 N.R. 81, the Federal Court of Appeal, in considering whether the Board exceeded its remedial authority under the Code pointed to the decisions of this Court in *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710, and *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremens Association*, [1983] 1 S.C.R. 245, which held that courts should normally show deference for the manner in which the Board chooses to exercise the broad powers conferred by s. 189 (now s. 99(2)). Pratte J.A. continued at p. 84: "... in other words, as I interpret those two decisions, it is only in the clearest of cases that the court should set aside a decision of the Board on the ground that it is not authorized by section 189". In *Teamsters Union*, at p. 724, Laskin C.J. had observed 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.

The basis for this approach is the concept that administrative tribunals are set up to replace courts in areas where specific expertise and experience

naux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

Récemment, dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, le juge Iacobucci a apporté son soutien à ce point de vue en remarquant, à la p. 181:

... dans le cas d'un tribunal aussi spécialisé que le Conseil canadien des relations du travail, dont le bon fonctionnement requiert un règlement rapide et final des différends, les cours de justice devraient hésiter à qualifier une disposition d'attributive de compétence, à moins que cette qualification ne s'impose clairement ...

Dans l'arrêt *Eastern Provincial Airways Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail* (1984), 65 N.R. 81, la Cour d'appel fédérale, appelée à décider si le Conseil avait excédé les pouvoirs que lui attribue le Code en matière de réparation, s'est référée aux arrêts de notre Cour *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, et *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245, dans lesquels il a été décidé que les cours de justice doivent normalement respecter la manière dont le Conseil a choisi d'exercer les larges pouvoirs que lui confère l'art. 189 (maintenant le par. 99(2)). Le juge Pratte ajoute à la p. 84: «... en d'autres mots, selon l'interprétation que je donne à ces deux arrêts, ce n'est que dans les cas les plus patents que la Cour devrait annuler une décision du Conseil au motif que celle-ci n'est pas autorisée en vertu de l'article 189». Dans l'arrêt *Syndicat des camionneurs*, le juge en chef Laskin fait observer, à la p. 724:

... 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.

Ce point de vue repose sur le concept selon lequel les tribunaux administratifs ont été créés pour remplacer les cours de justice à l'égard d'af-

51

52

53

are required. It has been recognized that a labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating the complex field of labour relations. The courts are expected to show deference to the expert knowledge and experience acquired by the board through its involvement and participation in developing the collective bargaining regime established by labour codes. If courts too easily characterize powers accorded to the board as provisions which limit jurisdiction then courts effectively usurp the role which Parliament, after careful consideration, accorded to the labour tribunal.

54 The case of *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, fashioned a functional and pragmatic approach to ascertaining whether Parliament intended that the scope of remedial orders included within s. 99(2) of the *Canada Labour Code* should be left to the Board or whether the section was a provision intended to limit the Board's jurisdiction. To resolve the question Beetz J. for the Court set out the following factors which should be taken into consideration: (a) the wording of the enactment conferring jurisdiction on the tribunal; (b) the purpose of the statute creating the tribunal; (c) the reason for the tribunal's existence; (d) the area of expertise of the tribunal's members; and (e) the nature of the problem before the tribunal. A consideration of these factors makes it readily apparent that deference should be accorded by the courts to remedial orders made by the Board.

55 In examining the legislation itself it is apparent that Parliament has clearly given the Canada Labour Relations Board a wide remedial role. The wording of s. 99(2) does not place precise limits on the Board's jurisdiction. In fact, the Board may order anything that is "equitable" for a party to do or refrain from doing in order to fulfil the objectives of the Code. In my view, this was done to give the Board the flexibility necessary to address the ever changing circumstances that present themselves in the wide variety of disputes which come before it in the sensitive field of labour relations. The aims of the *Canada Labour Code* include the

fares qui exigent des compétences et une expérience particulières. Il a été reconnu qu'un conseil des relations du travail est un tribunal spécialisé qui applique la législation qui régit l'ensemble du domaine complexe des relations du travail. Les cours de justice doivent normalement faire preuve de retenue étant donné les connaissances spécialisées et l'expérience acquises par le conseil dans le développement du régime de la négociation collective établi par les codes du travail. Si elles tiennent trop facilement les dispositions qui confèrent des pouvoirs au conseil pour des dispositions limitatives de compétence, elles risquent d'usurper le rôle que le législateur a, après mûre réflexion, confié au tribunal du travail.

Dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, notre Cour a conçu une démarche fonctionnelle et pragmatique pour déterminer si le législateur a voulu que la portée des ordonnances réparatrices prévues au par. 99(2) du *Code canadien du travail* ressortisse au Conseil ou si cette disposition visait à circonscrire la compétence du Conseil. Pour résoudre cette question, le juge Beetz a énoncé, au nom de la Cour, les facteurs dont il faut tenir compte: a) le libellé des dispositions législatives qui confèrent la compétence au tribunal administratif; b) l'objet de la loi qui crée le tribunal; c) la raison d'être de ce tribunal; d) le domaine d'expertise de ses membres; e) la nature du problème soumis au tribunal. L'examen de ces facteurs démontre clairement que les cours de justice doivent faire preuve de retenue à l'égard des réparations ordonnées par le Conseil.

Il ressort du texte de la loi que le législateur a clairement conféré au Conseil canadien des relations du travail de vastes attributions en matière de réparation. Le libellé du par. 99(2) n'apporte pas de limitations précises à la compétence du Conseil. En fait, le Conseil peut, afin d'assurer la réalisation des objectifs du Code, rendre toute ordonnance qu'il est «juste» de rendre obligeant une partie à prendre des mesures. À mon avis, le législateur a agi ainsi pour donner au Conseil toute latitude pour tenir compte des circonstances toujours différentes des litiges très variés dans le domaine délicat des relations du travail. Les objectifs du *Code*

constructive resolution of labour disputes for the benefit of the parties and the public. The expert and experienced labour boards were set up to achieve these goals. The problem before the Board was one which Parliament intended it to resolve.

The requirement that the Board's order must remedy or counteract any consequence of a contravention or failure to comply with the Code imposes the condition that the Board's remedy must be rationally connected or related to the breach and its consequences. This requirement is also consistent with the test established in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, which required that there be a relation between the breach, its consequences and the remedy. Section 99 also provides that the Board may remedy breaches which are adverse to the fulfilment of the objectives of the Code. This empowers the Board to fashion remedies which are consistent with the Code's policy considerations. Therefore, if the Board imposes a remedy which is not rationally connected to the breach and its consequences or is inconsistent with the policy objectives of the statute then it will be exceeding its jurisdiction. Its decision will in those circumstances be patently unreasonable.

Labour boards have a high degree of expertise and experience in a dynamic, complex and sensitive field. Courts generally cannot equal that expertise and experience in this difficult and constantly changing area. Recognizing this, courts in judicial review have deferred to the findings of labour boards who are usually in the best position to interpret and apply their enabling legislation. The comments of McIntyre J. in this regard in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 416-17, are apposite and well worth repeating:

Our experience with labour relations has shown that the courts, as a general rule, are not the best arbiters of disputes which arise from time to time. Labour legislation

canadien du travail comprennent le règlement positif des différends pour le bien des parties et de la population. C'est pour réaliser ces objectifs que le législateur a établi des conseils du travail qui ont les compétences et l'expérience voulues. Le législateur entendait que ce soit le Conseil qui tranche le problème dont il a été saisi.

La prescription selon laquelle l'ordonnance du Conseil doit remédier ou parer aux effets de la violation du Code impose comme condition que la réparation accordée par le Conseil doit avoir un lien rationnel avec la violation et ses conséquences. Cette prescription est aussi conforme au critère établi dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, qui exigeait un rapport entre la violation, ses conséquences et la réparation. L'article 99 dispose en outre que le Conseil peut remédier aux violations qui sont néfastes à la réalisation des objectifs du Code. Le Conseil est donc investi du pouvoir d'accorder des réparations qui soient conformes à la politique qui sous-tend le Code. Par conséquent, si le Conseil accorde une réparation qui n'a pas de lien rationnel avec la violation et ses conséquences, ou qui est incompatible avec les objectifs visés par la loi, il excède sa compétence. Sa décision est alors manifestement déraisonnable.

Les conseils des relations du travail ont beaucoup de compétences et d'expérience dans un domaine dynamique, complexe et délicat. Les cours de justice ne disposent généralement pas d'autant de compétences et d'expérience dans ce champ d'activités difficile et en perpétuelle mutation. Reconnaissant ce fait, les cours appelées à exercer un contrôle ont déferé aux conclusions des conseils qui sont d'ordinaire les mieux placés pour interpréter et appliquer leur loi habilitante. Les observations du juge McIntyre à cet égard, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, aux pp. 416 et 417, sont pertinentes et méritent certainement d'être réitérées:

Notre expérience en matière de relations de travail montre que les tribunaux, en règle générale, ne sont pas les meilleurs arbitres des différends qui peuvent surgir à

56

57

has recognized this fact and has created other procedures and other tribunals for the more expeditious and efficient settlement of labour problems. Problems arising in labour matters frequently involve more than legal questions. Political, social, and economic questions frequently dominate in labour disputes. The legislative creation of conciliation officers, conciliation boards, labour relations boards, and labour dispute-resolving tribunals, has gone far in meeting needs not attainable in the court system. The nature of labour disputes and grievances and the other problems arising in labour matters dictates that special procedures outside the ordinary court system must be employed in their resolution. Judges do not have the expert knowledge always helpful and sometimes necessary in the resolution of labour problems. The courts will generally not be furnished in labour cases, if past experience is to guide us, with an evidentiary base upon which full resolution of the dispute may be made. In my view, it is scarcely contested that specialized labour tribunals are better suited than courts for resolving labour problems, except for the resolution of purely legal questions.

58

In my view remedies are a matter which fall directly within the specialized competence of labour boards. It is this aspect perhaps more than any other function which requires the board to call upon its expert knowledge and wide experience to fashion an appropriate remedy. No other body will have the requisite skill and experience in labour relations to construct a fair and workable solution which will enable the parties to arrive at a final resolution of their dispute. Imposing remedies comprises a significant portion of the Board's duties. Section 99(2) of the *Canada Labour Code* recognizes the importance of this role and accordingly, gives the Board wide latitude and discretion to fashion "equitable" remedies which it feels will best address the problem and resolve the dispute. By providing that the Board may fashion equitable remedies Parliament has given a clear indication that the Board has been entrusted with wide remedial powers. Furthermore, a broad privative clause in s. 22(1) provides that, not only are the Board's decisions final, but so too are its orders. This provision lends support to the position that the court

l'occasion. La législation du travail a reconnu ce fait, en créant d'autres procédures et d'autres tribunaux en vue d'obtenir un règlement plus prompt et efficace des problèmes qui surviennent dans le domaine du travail. Souvent, les problèmes en matière de travail ne se résument pas à des questions juridiques. Des questions politiques, sociales et économiques dominent fréquemment les conflits de travail. La création par voie législative de conciliateurs, de conseils d'arbitrage, de commissions des relations du travail et de tribunaux du travail a permis, dans une large mesure, de répondre à des besoins auxquels ne pouvait satisfaire le système judiciaire. La nature des conflits de travail, des griefs et des autres problèmes qui surgissent dans ce domaine, commande le recours à des procédures spéciales, en dehors du système judiciaire ordinaire, pour les résoudre. Les juges n'ont pas les connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière de travail. Les tribunaux en général ne disposent pas dans ces affaires, si l'expérience passée peut nous guider, d'un fondement probatoire qui puisse permettre de résoudre complètement le différend. À mon avis, il n'est guère contesté que les tribunaux spécialisés en matière de relations de travail sont mieux équipés que les tribunaux judiciaires pour résoudre les problèmes en matière de travail, sauf s'il s'agit de questions purement juridiques.

À mon avis, la réparation est une question qui relève directement de la compétence spécialisée des conseils des relations du travail. Peut-être plus que toutes les autres fonctions, la recherche de la réparation convenable fait appel aux connaissances spécialisées et à la vaste expérience de ces conseils. Aucun autre organisme n'a les compétences et l'expérience requises en relations du travail pour trouver une solution juste et pratique qui permette aux parties de régler définitivement leur différend. Les ordonnances réparatrices représentent une partie importante des attributions du Conseil. Le paragraphe 99(2) du *Code canadien du travail* reconnaît l'importance de ce rôle et, par conséquent, laisse au Conseil une grande liberté d'action et un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir la réparation «juste» qu'il estime la mieux à même de résoudre le problème et de régler le conflit. En édictant que le Conseil peut formuler des réparations justes, le législateur a indiqué clairement qu'il lui a confié des pouvoirs étendus en matière de réparation. De plus, une clause privative de large portée contenue dans le par. 22(1) dispose

should defer to the remedial orders of the Board which are made within its jurisdiction. That is to say there should be no judicial interference with remedial orders of the Board unless they are patently unreasonable.

The Canada Labour Relations Board has been granted the power to impose remedies by s. 99(2) of the Code. Thus, the question as to whether the Board may or may not impose remedies on the parties is jurisdictional in nature. If the Board concluded that it could not impose a remedy to counteract a breach by one of the parties, the aggrieved party would have the right to argue before a reviewing court that the Board had incorrectly interpreted its enabling statute. The court, in addressing this jurisdictional question, would then be entitled to review the Board's decision, on a correctness standard, to determine whether in fact the Board did have the power it claimed to lack. However, once it has been established by the provisions of the empowering legislation that the Board does, in fact, have the jurisdiction to order certain remedies, the question of which of these remedies the Board chooses to impose in any given situation is a question within the Board's jurisdiction. Since the Board's order falls within its jurisdiction, it should be assessed on a patently unreasonable basis.

To require "correctness" would require the substitution of the courts view of what remedy was required for that of the Board. It would mean that the Boards experience and expertise were set at nil by the courts. The scheme of the *Canada Labour Code* including the privative clause would be rendered meaningless. It must be remembered that applying a standard of patent unreasonableness does not give a board free rein to impose any remedy it wishes. For example, if a court determined that the remedy imposed by the Board bore no relation to the breach found, or was purely punitive in nature, or was adverse to the policy objectives of the *Canada Labour Code* the order could be

que, non seulement les décisions du Conseil, mais aussi ses ordonnances, sont définitives. Cette disposition nous permet d'affirmer que les cours de justice doivent déférer aux ordonnances réparatrices du Conseil qui relèvent de sa compétence. C'est donc dire que les cours de justice ne doivent pas modifier les réparations ordonnées par le Conseil, sauf si elles sont manifestement déraisonnables.

Le paragraphe 99(2) du Code confère au Conseil canadien des relations du travail le pouvoir d'imposer une réparation. La question de savoir si le Conseil peut imposer une réparation aux parties est donc une question de compétence. Si le Conseil décidait qu'il ne peut pas imposer une réparation pour parer à une violation reprochée à une partie, la partie lésée aurait le droit de faire valoir devant la cour exerçant le contrôle que le Conseil a incorrectement interprété sa loi habilitante. La cour serait alors en droit, pour statuer sur la question de compétence, de contrôler la décision du Conseil, selon la norme de la décision correcte afin de déterminer si, de fait, celui-ci avait le pouvoir dont il a estimé ne pas être investi. Toutefois, quand il a été établi que, d'après les dispositions de la loi habilitante, le Conseil est en fait compétent pour imposer certaines réparations, la question de la réparation que le Conseil choisit d'imposer dans une situation donnée relève de sa compétence. Puisque l'ordonnance du Conseil relève de sa compétence, elle doit être appréciée selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

Recourir à la norme de la «décision correcte» serait, quant à la réparation convenable, substituer l'opinion des cours de justice à celle du Conseil. Cela signifierait que les cours de justice n'accorderaient aucun crédit à l'expérience et aux compétences du Conseil. Le régime établi par le *Code canadien du travail*, y compris la clause privative, serait vide de sens. Il ne faut pas oublier que la norme du caractère manifestement déraisonnable ne donne pas au Conseil toute liberté pour imposer n'importe quelle réparation. Par exemple, si la cour de justice estimait que la réparation imposée par le Conseil n'a aucun rapport avec la violation constatée, ou qu'elle est purement punitive ou

59

60

properly found to be patently unreasonable. However, none of those issues arise in the remedial order to be considered in this case.

D. *The Remedial Order in This Case*

61 In my view, the remedy directed by the Board was not patently unreasonable, rather it was eminently sensible and appropriate in the circumstances presented by this case. A judicial review of the order must take into consideration both the complex factual background, and the prior involvement of the Board in this dispute. In this case, the factual background presented to the Board was such that it cried aloud for the imposition of a remedial order.

62 The unparalleled severity of this labour dispute was well articulated by Dr. Nightingale, a professor at Queen's University who was commissioned by the appellant to study the dispute and advise it as to whether to accept the recommendations of the mediators. He described the course of the dispute in the following terms:

The complexities of this dispute — including failed conciliation, failed mediation, the rejection of a tentative agreement, a representational dispute within the union, a decertification drive while the strike continues and the continued operation of the mine by replacement workers — are unusual enough. Add to these, the murder of 9 workers, an ongoing RCMP investigation, intimidation and death threats directed toward miners and their families, violence, including beatings which have spilled over into the community and the Mayor of Yellowknife discussing the possible need for martial law and we have a tragedy without precedent in Canadian labour history. The Black Tuesday clash in the Souris, Saskatchewan coal fields in 1931, the 1969 Inco strike, the 1990 Placer Dome strike and the more recent Brunswick Mining and Smelting strike pale in comparison.

63 In fashioning an order the Board was obliged to take into account the long violent and bitter history

encore qu'elle est contraire aux objectifs du *Code canadien du travail*, elle pourrait à bon droit décider que l'ordonnance est manifestement déraisonnable. Toutefois, aucune de ces qualifications n'est applicable à l'ordonnance réparatrice rendue dans la présente espèce.

D. *L'ordonnance réparatrice en l'espèce*

À mon avis, la réparation imposée par le Conseil n'était pas manifestement déraisonnable, mais au contraire était très judicieuse et convenait parfaitement aux données du cas. La cour chargée du contrôle judiciaire de l'ordonnance doit tenir compte du contexte factuel complexe et de l'intervention antérieure du Conseil dans le différend. En l'occurrence, le contexte factuel présenté au Conseil rendait impérieux le besoin d'imposer une ordonnance réparatrice.

La gravité sans précédent de ce conflit de travail a été bien exprimée par le professeur Nightingale de l'université Queen's, qui a été chargé par l'appelante d'étudier le conflit et de la conseiller sur la réponse à donner aux recommandations des médiateurs. Il a décrit l'évolution du conflit dans ces termes:

[TRADUCTION] La complexité de ce conflit — mentionnons l'échec de la conciliation et de la médiation, le rejet de l'entente de principe, le différend avec le syndicat quant au caractère représentatif de celui-ci, la campagne pour la révocation d'accréditation pendant la grève et la poursuite de l'exploitation de la mine par des travailleurs de remplacement — est assez exceptionnelle. Si l'on ajoute à ces éléments le meurtre de neuf travailleurs, une enquête de la GRC en cours, l'intimidation et les menaces de mort contre les mineurs et leur famille, la violence, dont des tabassages, qui s'est déversée dans la collectivité et la déclaration de la mairesse de Yellowknife selon laquelle la loi martiale risquait d'être imposée, on est en présence d'une tragédie sans précédent dans les annales des relations du travail au Canada. L'échauffourée du Mardi noir de 1931 dans les houillères de Souris en Saskatchewan, la grève à l'Inco en 1969, la grève à la Placer Dome en 1990 et la grève plus récente à la Brunswick Mining and Smelting perdent toute leur importance auprès de ce conflit.

Pour rendre son ordonnance, le Conseil a été obligé de prendre en considération le fait que le

of the dispute. Moreover, the facts in this case are so extraordinary that, if it were necessary, the Board was justified in going to the limits of its powers in imposing a remedy. The appellant's suggestion, that the Board should have rectified the breach by simply ordering the appellant to cease taking such an intractable position on the issue of the dismissed employees and then requiring the parties to recommence bargaining, is hopelessly inadequate. In light of the long and turbulent history of the parties' attempted negotiations the typical "cease and desist" order would have been, as the Board described it, "unrealistic and even a cruel waste of time" (p. 28). It was clear that the parties would never come to an agreement on their own with respect to the issue of the dismissed employees. In fact, the Industrial Inquiry Commissioners concluded in their final report that everyone had to be realistic enough to acknowledge that on some of the matters in dispute, "the parties are not likely ever to come to an agreement on their own". Therefore, taking into account this prediction, the unfortunate bargaining history and the effect of the dispute on the community, the Board was correct in recognizing that a more effective remedy was required.

Section 99(2) of the *Canada Labour Code* gives the Board jurisdiction to require an employer "to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer . . . to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of [the] objectives" of the Code. (Emphasis added.) The duty of the parties to bargain in good faith and make every reasonable effort to reach an agreement is an important precondition to achieving the larger purposes of the Code. The appellant was found by the Board to have failed to comply with this duty. Accordingly, the Board had authority to remedy the effects of that violation. It is significant that the wording "to do or refrain from doing" bestows broad powers on the Board which enables it to impose both positive and negative duties on the party in breach.

conflit a été long, violent et amer. De plus, les faits de l'espèce sont si extraordinaires que le Conseil était autorisé, au besoin, à imposer une réparation qui se situait à la limite extrême de ses pouvoirs. La solution proposée par l'appelante, savoir que le Conseil aurait dû remédier à la violation en lui ordonnant simplement de cesser de prendre une position aussi intransigeante sur la question des employés congédiés et en obligeant les parties à reprendre les négociations, est absolument insuffisante. Vu les longues négociations agitées entre les parties, la traditionnelle ordonnance «de ne pas faire» aurait, selon le Conseil, été «irréaliste» et aurait «entraîné un cruel gaspillage de temps» (p. 28). Il était évident que les parties ne réussiraient jamais à parvenir à une entente concernant la question des employés congédiés. En fait, la commission d'enquête sur les relations du travail a conclu, dans son rapport final, que chacun devait se montrer assez réaliste pour reconnaître que, sur certains points litigieux, [TRADUCTION] «il y a peu de chances que les parties en viennent jamais à une entente sans aide». En conséquence, après avoir pris en considération cette prédiction, la triste histoire des négociations et l'effet du conflit sur la collectivité, le Conseil a reconnu à juste titre qu'une réparation plus efficace était requise.

Le paragraphe 99(2) du *Code canadien du travail* attribue au Conseil la compétence pour rendre «une ordonnance qu'il est juste de rendre [. . .] et obligeant l'employeur [. . .] à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation [des] objectifs» du Code. (Je souligne.) L'obligation des parties de négocier de bonne foi et de faire tout effort raisonnable pour conclure une convention constitue une importante condition préalable de la réalisation des objectifs généraux du Code. Le Conseil a estimé que l'appelante avait manqué à cette obligation. Par conséquent, le Conseil était habilité à remédier aux effets de cette violation. Il importe de signaler que les mots «prendre des mesures» confèrent au Conseil des pouvoirs très étendus, l'autorisant à imposer à la partie en défaut des obligations positives et des obligations négatives.

65

The breadth of the remedial section gives a clear indication that it was the intention of Parliament that the Board should be given the necessary flexibility to fashion remedies which will best address the entire spectrum of problems and of factual situations which it must confront. It is noteworthy that the section was amended in 1978. Prior to that date, the Code allowed the Board to impose only those remedies which were specifically enumerated. Section 189 (now s. 99(2)) was added in 1978. This provision authorizes the Board to make orders based on the principles of equity. The section now gives the Board both the flexibility and the authority to create the innovative remedies which are needed to counteract breaches of the Code and to fulfil its purposes and objectives. The granting of such a broad discretion to the Board demonstrates that Parliament wished the courts to defer to the Board's experience and expertise in making remedial orders so long as they were not patently unreasonable.

(1) The Appellant's Objections to the Board's Order

66

The appellant's prime objection to the Board's remedial order is based on the premise that the Board imposed a collective agreement on the parties, and that in so doing, the Board exceeded its remedial jurisdiction. I cannot accept this contention. The Board did not impose a collective agreement. Instead, the Board made its best effort to identify what the appellant's last offer to the Union had been. The tentative agreement offered by the appellant and thus acceptable to the appellant in April 1992 was the last identifiable proposal put forward by the appellant. While the Union had initially rejected this agreement by an overwhelming majority, the membership had subsequently reconsidered the offer and was prepared to accept it. Therefore, the Board used this tentative agreement, drafted by the appellant, on terms which the appellant was obviously willing to accept as the foundation of its order. The Board ordered the appellant to offer this agreement to the Union, at which time the Union could decide whether or not to ratify it. The Board recognized that the appellant had changed its position regarding some aspects of the

La vaste portée de la disposition relative à la réparation indique clairement que le législateur a voulu que le Conseil ait la latitude nécessaire pour formuler les réparations les mieux adaptées à l'éventail des problèmes et des situations auxquels il doit faire face. Il convient de noter que cette disposition a été modifiée en 1978. Auparavant, le Conseil n'était habilité à imposer que les réparations énumérées. L'article 189 (maintenant le par. 99(2)) a été ajouté en 1978. Cette disposition autorise le Conseil à rendre ses ordonnances en se fondant sur les principes de l'équité. Le Conseil dispose maintenant de la latitude et de l'autorité nécessaires pour créer les réparations innovatrices qui s'imposent pour parer aux violations du Code et pour réaliser ses objectifs. Il est clair qu'en accordant au Conseil un pouvoir discrétionnaire aussi large, le législateur a voulu que les cours de justice défèrent à l'expérience et aux compétences de celui-ci lorsqu'il rend des ordonnances réparatrices, pourvu qu'elles ne soient pas manifestement déraisonnables.

(1) Les objections de l'appelante à l'ordonnance du Conseil

La principale objection de l'appelante à l'ordonnance réparatrice du Conseil est fondée sur la prémisses que celui-ci a imposé une convention collective aux parties et qu'en agissant ainsi il a excédé sa compétence en ce qui concerne la réparation. Je ne peux accepter cet argument. Le Conseil n'a pas imposé de convention collective. Il a plutôt fait tout son possible pour établir quelle était la dernière offre de l'appelante au syndicat. L'entente de principe offerte par l'appelante et qu'elle jugeait donc acceptable en avril 1992 était la dernière proposition faite par l'appelante que le Conseil a pu établir. Bien que le syndicat ait initialement rejeté cette entente à une majorité écrasante, les syndiqués ont par la suite réexaminé l'offre et étaient disposés à l'accepter. Par conséquent, le Conseil a rendu son ordonnance en utilisant cette entente de principe, rédigée par l'appelante, et en y incorporant les conditions que l'appelante était manifestement disposée à accepter. Il a ordonné à l'appelante d'offrir cette convention au syndicat, celui-ci pouvant ratifier ou non ce texte. Le Conseil a reconnu que l'appelante avait changé sa position

tentative agreement. On these, the Board directed the parties to bargain for 30 days and if they failed to reach agreement, they were to be subject to binding arbitration.

It cannot be said that the requirement of the Board that the employer tender the tentative agreement subject to the issues to be negotiated constituted the imposition of a collective agreement. A board is ordinarily acting within its remedial authority in ordering a party to present once again its last offer from which any improper or illegal demands have been deleted. As examples of this sensible and customary practice see *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1; and *Iberia Airlines*, *supra*. In this case the customary requirement was accomplished by the Board's reinvoking the tentative agreement. Similarly, a Board generally acts within its remedial jurisdiction when it imposes upon the parties certain terms and conditions of a collective agreement. These two legitimate remedies cannot be added together in order to contend that they constitute an illegal order. There is nothing to suggest that the two remedies are alternatives to each other. In the usual case, one of these remedies would suffice. However, since other efforts to resolve the dispute had been exhausted, the Board concluded that both facets of the order were needed in order to effect a constructive settlement of the dispute.

There are four situations in which a remedial order will be considered patently unreasonable: (1) where the remedy is punitive in nature; (2) where the remedy granted infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) where there is no rational connection between the breach, its consequences, and the remedy; and (4) where the remedy contradicts the objects and purposes of the Code. The appellant argued that the Board's order, in this case, failed on both the third and fourth of the above prohibited grounds. Namely, that the order failed both the "rational connection" test and the "policy consistency" test respectively.

au sujet de certains points de l'entente de principe. Quant à ces points, le Conseil a ordonné aux parties de négocier pendant 30 jours, après quoi, s'ils n'étaient pas réglés, ils feraient l'objet de l'arbitrage exécutoire.

On ne peut pas dire qu'en obligeant l'employeur à offrir l'entente de principe, sous réserve des points à négocier, le Conseil a imposé une convention collective. Un conseil agit d'ordinaire dans les limites de son pouvoir en matière de réparation lorsqu'il ordonne à une partie de présenter à nouveau sa dernière offre, amputée de ses exigences inadéquates ou illégales. On peut citer comme exemples de cette pratique judicieuse et courante les affaires *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1, et *Iberia, Lignes aériennes*, précité. En l'espèce, le Conseil a rempli l'exigence habituelle en réinvoquant l'entente de principe. De la même façon, un conseil agit d'ordinaire dans les limites de sa compétence en matière de réparation quand il impose aux parties certaines conditions d'une convention collective. On ne peut pas combiner ces deux modes de réparation pour prétendre qu'ils constituent une ordonnance illégale. Rien ne laisse supposer que les deux modes de réparation sont mutuellement exclusifs. Normalement, l'un d'eux suffit. Toutefois, comme les autres voies pour régler le conflit avaient été épuisées, le Conseil a conclu que les deux volets de l'ordonnance étaient nécessaires pour régler le conflit de manière positive.

Il existe quatre cas dans lesquels une ordonnance réparatrice sera tenue pour manifestement déraisonnable: (1) lorsque la réparation est de nature punitive; (2) lorsque la réparation accordée porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*; (3) lorsqu'il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; et (4) lorsque la réparation va à l'encontre des objectifs du Code. L'appelante a soutenu que l'ordonnance du Conseil était défectueuse au regard des troisième et quatrième critères précités, savoir le critère du «lien rationnel» et celui de la «conformité avec les objectifs».

(a) *Rational Connection*

69 The case of *National Bank, supra*, held that there must be a relation between the breach, its consequences and the remedy. However, the necessity for a rational connection is evident from the wording of s. 99(2) which requires that the remedy imposed by the Board be designed to counteract any consequence of the contravention or failure to comply found by the Board. In other words, the Board must be concerned about remedying a specific breach of the Code, and in so doing there must be a relationship between the unfair practice which has occurred, its consequences to the bargaining process, and the remedy imposed.

70 In the case at bar, there was a clear causal connection between the breach, its consequences and the remedy imposed by the Board. To begin with, the Board identified the breach as being the appellant's intractable position with respect to a form of due process for the dismissed employees. The consequence of this breach was that bargaining was blocked so completely that no collective agreement could ever be reached. As a result of the impasse the serious damage to the community of Yellowknife continued unabated. The nature, extent and effect of the failure to bargain in good faith may in certain circumstances justify, in itself, the imposition of a remedial order. To be valid, such an order must deal with the effect of the breach and comply with the aims and objects of the *Canada Labour Code*. Perhaps more often it will be the failure to bargain in good faith coupled with other factors which will justify a remedial order.

71 Yet a further consequence of the appellant's intractable position was the frustration of the efforts of the Industrial Inquiry Commission to achieve a settlement. The Commission had recommended that the parties reach an agreement similar to the appellant's April 1992 offer (the tentative agreement), and also suggested that in the four unresolved areas where the appellant had changed its position that the parties should continue to negotiate, with the possibility of binding arbitration if the negotiations failed. The Commission

a) *Lien rationnel*

Dans l'arrêt *Banque nationale*, précité, il a été décidé qu'il devait y avoir un rapport entre la violation, ses conséquences et la réparation. Toutefois, la nécessité d'un lien rationnel ressort à l'évidence du libellé du par. 99(2), qui exige que la réparation imposée par le Conseil soit conçue pour parer aux effets de la violation qu'il a constatée. Autrement dit, le Conseil doit viser à réparer une violation déterminée du Code mais, pour le faire, il doit s'assurer qu'il y a un rapport entre la pratique déloyale, ses conséquences sur le processus de négociation et la réparation imposée.

En l'espèce, il y avait un lien clair de cause à effet entre la violation, ses conséquences et la réparation imposée par le Conseil. Tout d'abord, celui-ci a conclu que la violation consistait dans la position intransigeante de l'appelante relativement à une procédure équitable pour les employés congédiés. La conséquence de cette violation a été un blocage des négociations si complet qu'il a empêché la conclusion de toute convention collective. L'impasse a prolongé le grave préjudice causé à la collectivité de Yellowknife. La nature, l'ampleur et l'effet du manquement à l'obligation de négocier de bonne foi peuvent dans certains cas justifier en soi l'imposition d'une ordonnance réparatrice. Pour être valide, cette ordonnance doit porter sur l'effet de la violation et être conforme aux objectifs du *Code canadien du travail*. Plus fréquemment peut-être, c'est la violation de l'obligation de négocier de bonne foi combinée à d'autres facteurs qui justifiera une ordonnance réparatrice.

Une autre conséquence encore de la position intransigeante de l'appelante a été l'insuccès des tentatives de la commission d'enquête sur les relations du travail pour régler le différend. La commission avait recommandé que les parties concluent une convention semblable à l'offre faite par l'appelante en avril 1992 (l'entente de principe) et suggéré que les parties continuent de négocier les quatre points en suspens à propos desquels l'appelante avait changé sa position, l'arbitrage exécutoire restant possible en cas d'échec des négocia-

also recommended that the fate of the dismissed employees should be determined in the usual way by third party arbitration. While the Union agreed to the Commission's proposals, the appellant rejected them, primarily because it refused to consider any proposal which would result in the dismissed employees returning to work. Were it not for this the appellant would have, in principle, accepted the recommendations. Accordingly, the Board ordered the appellant to table an agreement based on its own tentative agreement and the final report of the Commission, including a grievance arbitration clause. This achieved the result that the parties were put back in the position they would have been in were it not for the appellant's violation; namely, with a collective agreement tabled for the Union's consideration. Therefore, there is a clear relation between the appellant's breach of its duty to bargain in good faith, the consequences of that breach and the remedy imposed by the Board.

(b) *Policy Consistency*

The appellant also contended that the Board's order was too extreme and was contrary to the policy underlying the Code. Specifically, the appellant focused on the importance of free collective bargaining and maintained that the Board was obliged to alleviate the obstacle blocking the bargaining process, but then should have sent the parties back to continue to bargain until an agreement was reached. The appellant argued that the Board exceeded its powers by imposing closure on the parties instead of allowing them to arrive at a settlement themselves.

The preamble in Part I of the *Canada Labour Code* sets out its purposes and objectives. These include (a) the promotion of the common well-being; (b) the encouragement of free collective bargaining; (c) the constructive settlement of disputes; (d) freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations; (e) good working conditions and sound labour-management relations; and (f) good industrial relations which are in the best interests of

tions. La commission a également recommandé que le sort des employés congédiés soit réglé comme à l'accoutumée par voie d'arbitrage. Le syndicat a souscrit aux propositions de la commission, mais l'appelante les a rejetées, principalement parce qu'elle refusait de considérer toute proposition qui permettrait le retour au travail des employés congédiés. N'eût été cette raison, l'appelante aurait, en principe, accepté les recommandations. En conséquence, le Conseil a ordonné à l'appelante de déposer une convention fondée sur l'entente de principe qu'elle avait elle-même proposée et sur le rapport final de la commission, en y insérant une clause d'arbitrage des griefs. De la sorte, les parties ont été replacées dans la situation dans laquelle elles auraient été s'il n'y avait eu la violation commise par l'appelante, savoir qu'une convention collective a été soumise à la ratification du syndicat. Par conséquent, il y a un lien clair entre le manquement de l'appelante à son obligation de négocier de bonne foi, les conséquences de cette violation et la réparation imposée par le Conseil.

b) *Conformité avec les objectifs*

L'appelante a soutenu en outre que l'ordonnance du Conseil était trop sévère et était contraire aux objectifs du Code. Plus précisément, elle a centré son argumentation sur l'importance de la liberté de la négociation collective et affirmé que le Conseil était tenu de lever l'obstacle au processus de négociation, mais qu'il aurait ensuite dû laisser les parties négocier jusqu'à ce qu'elles concluent une convention. L'appelante a soutenu que le Conseil avait excédé ses pouvoirs en mettant fin aux négociations péremptoirement au lieu de permettre aux parties de négocier elles-mêmes un règlement.

Les objectifs du *Code canadien du travail* sont énoncés dans son préambule à la partie I. Parmi ceux-ci on compte a) celui de favoriser le bien-être de tous; b) l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives; c) le règlement positif des différends; d) la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives comme fondements de relations du travail fructueuses; e) de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs; f) de bonnes

Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all.

74

Section 99(2) provides that the Board is granted remedial authority for the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of the Code. Moreover, the remedies the Board imposes are meant to counteract the consequences of the parties' transgressions which are adverse to the fulfilment of those objectives. Therefore, an integral part of the Board's remedial duty is to strive to accomplish the Code's purposes. This cannot mean that in all circumstances such emphasis must always be placed on one objective that all the others suffer. The Board is required to balance all the goals of the *Canada Labour Code* and fashion an order that, in the context of the particular situation presented gives a carefully balanced consideration to all the important factors outlined in the preamble.

75

The appellant contends that the promotion of free collective bargaining supersedes all the other objectives of the statute and that the Board's remedial order did not respect the principle of free collective bargaining. This position is untenable. It fails to take into consideration all the other factors which made this dispute in the opinion of two very experienced mediators the worst they had known. The impact of the dispute had extended well beyond the company and the Union involved. Therefore, the order had to take into account the very real public interest in resolving the dispute fairly yet expeditiously. The Board's order gave effect to the objectives of promoting the common well-being and encouraging the constructive settlement of disputes. It demonstrated a balanced and carefully considered approach to the particular situation confronting it.

(2) The Community Interest

76

It is essential to understand the impact which this strike had on the community of Yellowknife. This was a factor which the Board of necessity had to consider in fashioning its remedy. The Industrial

relations du travail qui servent l'intérêt du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès.

En vertu du par. 99(2), le Conseil a le pouvoir de concevoir une réparation afin d'assurer la réalisation des objectifs du Code. De plus, les réparations qu'il impose sont censées parer aux effets des violations des parties qui sont néfastes à la réalisation de ces objectifs. Par conséquent, une partie intégrante du rôle du Conseil en matière de réparation consiste à faire tout son possible pour que les objectifs du Code soient réalisés. Cela ne peut pas signifier que, dans tous les cas, il faut toujours privilégier un objectif au point de nuire à la réalisation de tous les autres. Le Conseil est tenu d'équilibrer tous les objectifs du *Code canadien du travail* et, au moment de concevoir son ordonnance, de bien peser, dans le contexte du cas qui l'occupe, tous les facteurs importants énumérés dans le préambule.

L'appelante affirme que l'objectif de favoriser la pratique des libres négociations collectives l'emporte sur tous les autres objectifs de la loi et que l'ordonnance réparatrice du Conseil ne respecte pas le principe de la liberté de la négociation collective. Cette position n'est pas défendable. Elle ne tient pas compte de tous les autres facteurs qui ont fait dire à deux médiateurs très expérimentés que ce conflit était le pire qu'ils avaient connu. Les effets du conflit se sont fait sentir bien au-delà de l'entreprise et du syndicat en cause. Par conséquent, l'ordonnance devait prendre en considération l'intérêt public très réel que servirait le règlement juste mais prompt du conflit. L'ordonnance du Conseil a permis de réaliser les objectifs de favoriser le bien-être de tous et d'encourager la pratique du règlement positif des différends. Elle était le résultat d'une démarche équilibrée et réfléchie dans l'examen du cas qu'il était appelé à trancher.

(2) L'intérêt de la collectivité

Il est essentiel de comprendre les répercussions de cette grève sur la collectivité de Yellowknife. C'est un facteur que le Conseil devait nécessairement prendre en considération en décidant de la

Inquiry Commission was concerned about the toll the dispute was taking on the people of Yellowknife. In their second interim report, it warned the parties of the effect their intransigence was having on the surrounding community. They put it this way:

We will be blunt. As a matter of law, the dispute between these parties is essentially private in nature. But as a matter of fact, the public fallout from the dispute has been enormous and, at least in our experience, unprecedented. Both sides owe it to the surrounding community to take a serious and tangible step toward a resolution of this seemingly intractable dispute.

The Board noted this warning, and in addition it had before it the observations made by Dr. Nightingale in his report, which concluded that the consequences of the strike and ongoing dispute had seriously disrupted the life of the community. Accordingly, the Board realized that it was imperative that it devise a remedy which would not only mend the working relationship at the mine, but also, restore some measure of harmony to the community.

The unrest and unease in the community, caused by the dispute, compelled the Mayor to write to the Prime Minister in the hope that she could settle the matter. This attempt to have Parliament legislate an end to the strike provides some indication of the frustration and despair of the community.

The effect of the dispute on the community was clearly in the minds of the Board members when they made the order. This is evident from their reasons (at p. 29):

Given that these parties have exhausted all possible sources of assistance — conciliation, mediation, ministerial intervention and an industrial inquiry commission, and given the damage to the community which their intransigence has caused, we consider that it would be wrong to prolong this agony further. [Emphasis added.]

As important as free collective bargaining is, it is not the only factor the Board must consider in fashioning a remedial order. It cannot be said that

réparation. La commission d'enquête sur les relations du travail était préoccupée par les torts subis par la population de la ville. Dans son second rapport provisoire, la commission a prévenu les parties des effets de leur intransigence sur la collectivité. Elle s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Nous le disons sans détours. En droit, le conflit entre les parties est essentiellement de nature privée. Mais dans les faits, les retombées publiques du conflit ont été énormes et, du moins selon notre expérience, sans précédent. Les deux côtés doivent à la collectivité de faire un geste sérieux et concret pour régler ce conflit qui peut sembler insoluble.

Le Conseil a pris note de cet avertissement ainsi que des observations faites par le professeur Nightingale dans son rapport, lequel a conclu que les effets de la grève et du conflit qui se poursuivait avaient gravement perturbé la vie de la collectivité. En conséquence, le Conseil s'est rendu compte qu'il était indispensable de concevoir une réparation qui non seulement ramènerait de bonnes relations du travail à la mine, mais encore rétablirait jusqu'à un certain point l'harmonie dans la collectivité.

L'agitation et l'inquiétude que le conflit avait causées au sein de la collectivité ont poussé la mairesse à écrire à la première ministre dans l'espoir qu'elle puisse arranger les choses. Cette tentative pour convaincre le Parlement de légiférer pour mettre fin à la grève témoigne de la frustration et du désespoir de la collectivité.

Les effets du conflit sur la collectivité ont de toute évidence été pris en considération par le Conseil quand il a rendu son ordonnance. Cela ressort clairement de ses motifs (à la p. 29):

Étant donné que les parties ont épuisé toutes les voies d'assistance qui s'offraient à elles (conciliation, médiation, intervention du Ministre et commission d'enquête sur les relations du travail), et compte tenu des torts subis par la collectivité du fait de leur intransigence, nous sommes d'avis que ce serait une erreur de laisser la situation se prolonger davantage. [Je souligne.]

Si importantes que soient les libres négociations collectives, ce n'est pas le seul facteur dont le Conseil doit tenir compte pour formuler une ordon-

77

78

79

80

the Board ignored the principle of free collective bargaining. The dispute had dragged on for 18 months while a conciliator, two specially appointed mediators, and commissioners tried to assist the parties to reach their own settlement through free collective bargaining. All efforts had proved futile. The Industrial Inquiry Commission twice asked the appellant to outline in writing what its position was with respect to the outstanding issues, rather than forcing a position on them. Yet, the appellant refused to provide the requested information. Certainly, free collective bargaining had been given every opportunity to function over 18 long months. By then, this approach had taken such a grave toll on the Yellowknife community, that the Board had a responsibility to take into account the interests of others. And so it did, with the result that it imposed what appears to be a fair and equitable order which was successful in resolving the dispute. This exceptional situation called for exceptional measures.

81 In the *Digby School Board* case, *supra*, this Court had occasion to consider whether it would be appropriate for a labour board to specify the contents of a collective agreement. It must be remembered that the case came before the Court by way of an appeal from a stated case to the Nova Scotia Court of Appeal and turned upon the interpretation of the remedial section of the Nova Scotia *Trade Union Act*.

82 The reasons contrasted the broad remedial powers granted by the Ontario statute to the Ontario board with the restrictive provisions of ss. 33 and 34 of the Nova Scotia Act. It was determined that the broad power bestowed on the Ontario board supported the result reached in *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197 (Ont. Div. Ct.). Similarly it was found that the much narrower powers granted to the Nova Scotia board to make remedial orders were so restrictive that it could not require

nance réparatrice. On ne peut pas dire que le Conseil a écarté le principe de la liberté de la négociation collective. Le conflit a traîné durant 18 mois pendant qu'un conciliateur, deux médiateurs expressément désignés et une commission tentaient d'aider les parties à conclure elles-mêmes une convention par la libre négociation collective. Tous ces efforts se sont avérés vains. La commission d'enquête sur les relations du travail a prié l'appelante à deux reprises d'exposer par écrit sa position sur les points non réglés, plutôt que de la forcer à accepter un autre point de vue. Et pourtant, l'appelante a refusé de fournir les renseignements demandés. Durant 18 longs mois, la méthode des libres négociations collectives a certainement eu toutes les chances de faire ses preuves. À la fin de cette période, cette méthode avait causé des torts si graves à la collectivité de Yellowknife qu'il incombait au Conseil de tenir compte des intérêts des autres. Et c'est ce qu'il a fait, imposant ce qui semble une ordonnance juste et équitable qui a réussi à régler le conflit. Cette situation exceptionnelle commandait la prise de mesures d'exception.

Dans l'arrêt *Commission scolaire de Digby*, précité, notre Cour a eu l'occasion d'étudier la question de savoir s'il convenait qu'un conseil des relations du travail précise le contenu d'une convention collective. Il faut se rappeler que ce pourvoi avait été interjeté devant notre Cour à la suite d'un exposé de cause formulé à l'intention de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et qu'il concernait l'interprétation de la disposition relative à la réparation de la *Trade Union Act* de la Nouvelle-Écosse.

On trouve dans les motifs une comparaison entre les larges pouvoirs en matière de réparation que la loi ontarienne confère à la commission ontarienne et les dispositions limitatives des art. 33 et 34 de la loi de la Nouvelle-Écosse. Il a été décidé que le large pouvoir accordé à la commission ontarienne autorisait la conclusion tirée dans l'affaire *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197 (C. div. Ont.). De la même façon, il a été décidé que les pouvoirs beaucoup plus restreints du conseil de la

an employer to make the collective agreement proposals which the board had specified. The powers granted to the Canada Labour Relations Board under s. 99(2) are much broader than those contained in the Nova Scotia Act. It follows that the *Digby School Board* decision cannot be perfunctorily applied to resolving the case at bar. However, the reasoning of Dickson J. in dissent is in my view applicable to the interpretation of the wide provisions of s. 99. He recognized that the board did not have jurisdiction under the Nova Scotia Act to impose a collective agreement on the parties. Nor could the board order a party to make a proposal to the other side simply because it thinks that it would be a fair settlement of the dispute. At page 344, he wrote:

That does not mean, however, that the Board is precluded from making orders which specifically relate to the content of the proposals. Once it is assumed, as I have said it must be, that the content of the proposals can form the basis for a finding of a breach of the duty to bargain in good faith, it should follow that the remedy can make reference to the content of proposals in order to "secure compliance" with s. 33(a) [in our case, s. 50].

In the *Digby School Board* case the order which the Nova Scotia board imposed was in positive rather than negative terms; specifically, that the employer would promise not to contract out the driving of buses and that a union security clause would be included in the new agreement. Dickson J. concluded that such a remedy was the minimum proposal which the Nova Scotia board considered would constitute hard bargaining, as opposed to surface bargaining. He concluded that the board was acting within its powers to secure compliance with s. 33(a) of the Act. In my view, the wording of s. 99(2) of the *Canada Labour Code* is certainly broad enough to encompass anything that falls within the phrase "secure compliance".

In a number of cases the Canada Labour Relations Board has ordered, correctly in my view, that

Nouvelle-Écosse en matière de réparation ne l'autorisaient pas à exiger que l'employeur présente les propositions précises de la convention collective que le conseil avait spécifiées. Les pouvoirs que le par. 99(2) accorde au Conseil canadien des relations du travail sont beaucoup plus larges que ceux conférés par la loi de la Nouvelle-Écosse. Il s'ensuit que l'arrêt *Commission scolaire de Digby* ne peut pas être appliqué inconsidérément à la présente affaire. Toutefois, le raisonnement du juge Dickson, dissident, est applicable, à mon avis, à l'interprétation des dispositions de large portée de l'art. 99. Il a reconnu que le Conseil n'était pas compétent, sous le régime de la loi de Nouvelle-Écosse, pour imposer une convention collective aux parties. Il ne peut pas non plus obliger une partie à faire une offre simplement parce qu'il estime que cela constituerait un règlement équitable du différend. Le juge écrit à la p. 344:

Cela ne signifie pas cependant que le Conseil ne peut imposer des conditions qui se rapportent de façon précise au contenu des propositions. Dès que l'on suppose, comme j'ai dit qu'il faut le faire, que le contenu des propositions peut servir de fondement à la conclusion qu'il y a eu violation de l'obligation de négocier de bonne foi, il doit s'ensuivre que le redressement peut se rapporter au contenu des propositions afin de «se conformer» à l'al. 33a) [l'art. 50 dans le présent pourvoi].

Dans cet arrêt, l'ordonnance rendue par le conseil de la Nouvelle-Écosse était énoncée en termes positifs plutôt que négatifs; plus précisément, l'employeur devait s'engager à ne pas embaucher de conducteurs d'autobus contractuels et une clause relative à la sécurité syndicale devait être insérée dans la nouvelle convention. Le juge Dickson a conclu que cette réparation était l'offre minimale qui, selon le conseil de la Nouvelle-Écosse, constituerait de la négociation serrée par rapport à de la négociation de surface. Il a statué que le Conseil avait agi dans les limites de son pouvoir d'enjoindre à une partie de se conformer à l'al. 33a) de la Loi. À mon avis, le libellé du par. 99(2) du *Code canadien du travail* est certainement assez large pour englober toute mesure qui serait visée par les mots «se conformer».

Dans nombre d'affaires, le Conseil canadien des relations du travail, à bon droit selon moi, a

an employer make a specific offer, including an offer of a complete collective agreement, in circumstances where the Board has concluded that such a remedy is necessary to counteract the effects of the employer's failure to bargain in good faith. The remedy imposed in *Eastern Provincial Airways*, *supra*, was very much like the remedy ordered by the Board in the present case. As in the case at bar, the Board found that the employer had failed to bargain in good faith, and in addition, had committed other unfair labour practices. The Board issued an extensive remedial order which required the employer to resubmit an earlier proposed collective agreement, and an order that all the striking employees were to be returned to work in order of seniority. In addition, all promotions during the strike were declared null and void and reprisals against striking and non-striking pilots were prohibited. Thus, it can be seen that the Board in the *Eastern Provincial Airways* case, as in the instant one, ordered the employer to table its last offer to the union for ratification and added specific terms and conditions which dealt directly with the breach.

85 The Federal Court of Appeal varied the order of the Board by reinstating the promotions on the ground that they had not been illegal and thus, the Board lacked the authority to declare them null and void. However, the Court of Appeal very properly concluded that the Board's order could not be characterized as imposing a collective agreement on the parties. Rather it was simply a measure designed to return the parties to the position they would have been in if there had not been bad faith bargaining. This reasoning is in my view correct and is equally applicable to the case at bar.

86 Similarly, in *Brewster Transport*, *supra*, the Board again found that the employer had bargained in bad faith. As a consequence of this breach, part of the remedial order required the employer re-offer its collective agreement proposal without the illegal terms. The employer brought an

ordonné à un employeur de présenter une proposition précise, y compris une offre de convention collective complète, dans des cas où le Conseil avait conclu qu'une telle réparation était nécessaire pour parer aux effets du manquement par l'employeur à l'obligation de négocier de bonne foi. La réparation imposée dans *Eastern Provincial Airways*, précité, était très semblable à celle imposée par le Conseil dans la présente affaire. Comme en l'espèce, le Conseil a conclu que l'employeur n'avait pas négocié de bonne foi et, en outre, s'était rendu coupable d'autres pratiques de travail déloyales. Le Conseil a rendu une ordonnance réparatrice de large portée qui obligeait l'employeur à renouveler une offre antérieure de convention collective et qui portait que tous les employés grévistes devaient être rappelés, par ordre d'ancienneté. De plus, toutes les promotions accordées durant la grève étaient déclarées nulles et les représailles contre les pilotes grévistes et non grévistes étaient interdites. On peut donc voir que, dans l'affaire *Eastern Provincial Airways* comme dans la présente instance, le Conseil a ordonné à l'employeur de soumettre sa dernière offre à la ratification du syndicat et ajouté des conditions précises qui se rapportaient directement à la violation.

La Cour d'appel fédérale a modifié l'ordonnance du Conseil en rétablissant les promotions parce qu'elles n'étaient pas illégales et que le Conseil n'avait donc pas le pouvoir de les annuler. Toutefois, la Cour d'appel a conclu tout à fait avec raison que l'on ne pouvait pas affirmer que l'ordonnance du Conseil imposait une convention collective aux parties. C'était simplement une mesure destinée à replacer les parties dans la situation où elles auraient été s'il n'y avait pas eu de négociation de mauvaise foi. Ce raisonnement est, à mon sens, bien fondé et également applicable à la présente espèce.

De même, dans *Brewster Transport*, précité, le Conseil a décidé une fois de plus que l'employeur avait négocié de mauvaise foi. Par suite de cette violation, l'ordonnance réparatrice obligeait notamment l'employeur à déposer à nouveau son offre de convention collective, amputée de ses con-

application for reconsideration of the order on the grounds that the Board had exceeded its jurisdiction by imposing a collective agreement on them. The review panel dismissed the application ((1986), 66 di 133) on the basis that the order was consistent with previous remedies imposed by the Board and which had been upheld by the Federal Court of Appeal. The panel reasoned correctly that the Board had not imposed a collective agreement, but had only reinstated one already proposed by the employer. As in the case at bar, the employer was ordered to table an agreement while the union was still given a choice as to whether or not it wished to ratify the new agreement. The panel explained that since the union had not committed a breach of the Code it could not be ordered to accept the agreement. The Board was simply endeavouring to place, before the union, a proposal which would have been tabled for its consideration had the employer not breached the duty to bargain.

The Board observed (at p. 65) that in determining an appropriate remedy the Board should first ask itself: "What would have been the likely results of collective bargaining if both parties had conducted themselves reasonably and in good faith?". In the case at bar, the Board considered this question and determined that if the appellant had not taken such an uncompromising position with regard to the dismissed employees, an agreement, akin to the earlier tentative agreement, would have been tabled for the Union's consideration. The Board fashioned its remedy accordingly.

The employer in the *Brewster Transport* case also argued that the Board's order was contrary to the principles of free collective bargaining which underlay the Code. In response, the panel noted that once the basic statutory ground rules have been broken by a party, for example the s. 50 duty to bargain in good faith, then the parties can no longer expect to have the same unbridled freedom to bargain. I agree with that reasoning.

One final case illustrating that the Board has properly and validly designed remedies akin to that which was ordered in the case at bar is *Iberia*

ditions illégales. L'employeur a présenté une demande de réexamen de l'ordonnance pour le motif que le Conseil avait excédé sa compétence en lui imposant une convention collective. Le comité de révision a rejeté la demande ((1986), 66 di 133) parce que l'ordonnance était conforme aux réparations antérieures imposées par le Conseil, que la Cour d'appel fédérale avait confirmées. Le comité a estimé à juste titre que le Conseil n'avait pas imposé de convention collective, mais seulement rétabli celle déjà proposée par l'employeur. Comme en l'espèce, l'employeur a été obligé de déposer une convention tandis que le syndicat avait toujours le choix de ratifier ou non la nouvelle convention. Le comité a expliqué que, comme le syndicat n'avait pas violé le Code, il ne pouvait pas être forcé à accepter la convention. Le Conseil cherchait simplement à soumettre au syndicat une offre qui aurait été déposée si l'employeur n'avait pas manqué à l'obligation de négocier de bonne foi.

Le Conseil a fait observer (à la p. 65) qu'en déterminant la réparation convenable, il devait d'abord se demander: «Quels auraient été les effets probables de la négociation collective si les deux parties s'étaient conduites raisonnablement et avaient fait preuve de bonne foi?» En l'espèce, le Conseil a considéré cette question et décidé que si l'appelante n'avait pas pris une position aussi intransigeante à l'égard des employés congédiés, une convention, semblable à l'entente de principe, aurait été soumise à la ratification du syndicat. Le Conseil a formulé sa réparation en conséquence.

L'employeur dans l'affaire *Brewster Transport* a également soutenu que l'ordonnance du Conseil allait à l'encontre des principes des libres négociations collectives qui sous-tendent le Code. Le comité a répondu qu'une fois qu'une partie a violé les règles fondamentales, par exemple, l'obligation de négocier de bonne foi énoncée à l'art. 50, les parties ne peuvent plus s'attendre à ce que la même liberté de négociation sans entrave leur soit reconnue. Je souscris à ce raisonnement.

Finalement, pour montrer que le Conseil a déjà conçu à bon droit des réparations semblables à celle qui a été ordonnée en l'espèce, citons l'af-

87

88

89

Airlines, supra. After finding that the employer had bargained in bad faith the Board intervened with a remedy. It took this action in light of the nature of the violations of the Code and based on its conviction that the employer had no intention of changing its bargaining position unless a third party intervened. It concluded that if the employer had not taken the position of paying lower wages to unionized staff than to those who were non-unionized, the union members would have been in a position, over one year ago, to vote on a complete draft collective agreement. Accordingly, the Board ordered that, among other things, the employer table, in writing, within two weeks, a complete collective agreement for the union's consideration, which was to include certain specific conditions drawn up by the Board which resolved four of the most contentious issues.

faire *Iberia, Lignes aériennes*, précitée. Après avoir conclu que l'employeur avait négocié de mauvaise foi, le Conseil est intervenu en accordant une réparation. Il a pris cette mesure à cause de la nature des violations du Code et parce qu'il était convaincu que l'employeur n'avait pas l'intention de modifier sa position de négociation, sauf si un tiers intervenait. Il a conclu que si l'employeur n'avait pas pris la position de verser au personnel syndiqué des salaires inférieurs à ceux du personnel non syndiqué, les membres du syndicat auraient été en mesure, plus d'un an auparavant, de voter sur un projet complet de convention collective. En conséquence, le Conseil a ordonné entre autres que l'employeur soumette par écrit à la ratification du syndicat, dans un délai de deux semaines, un projet complet de convention collective, comprenant des conditions précises énoncées par le Conseil qui régleraient quatre des points les plus contestés.

90

Support for the types of remedies imposed by the Board in *Eastern Provincial Airways, Brewster Transport* and *Iberia Airlines* can be found in an article by George W. Adams (now Mr. Justice Adams), "Labour Law Remedies", in K. P. Swan and K. E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law* (1983), 55. He observes at p. 69, that while a collective agreement cannot be imposed as a remedy for bad faith bargaining, specific terms of an agreement or the agreement itself may still be the subject matter of a remedial order. In his opinion it may be "indirectly or obliquely imposed on a violator of the statute". Ultimately, the remedial principle is that the successful complainant should be put in the position he would have been in had the breach not occurred.

Le type de réparation imposée par le Conseil dans les affaires *Eastern Provincial Airways, Brewster Transport* et *Iberia, Lignes aériennes* reçoit l'appui de George W. Adams (maintenant juge), dans l'article «Labour Law Remedies», dans K. P. Swan et K. E. Swinton, dir., *Studies in Labour Law* (1983), 55. Il y fait observer, à la p. 69, que si une convention collective ne peut pas être imposée comme réparation pour la négociation de mauvaise foi, des conditions précises d'une convention ou la convention elle-même peuvent faire l'objet d'une ordonnance réparatrice. À son avis, celle-ci peut être [TRADUCTION] «imposée directement ou indirectement à la partie qui viole la loi». En fin de compte, le principe en matière de réparation est que le plaignant qui a gain de cause doit être replacé dans la situation où il aurait été si la violation ne s'était pas produite.

91

In my reasons in *Tandy, supra*, at p. 214, I made the following comment:

There can be no doubt that the Board cannot impose a collective bargaining agreement upon parties and should not, in the usual course of events, impose a term of a collective agreement upon the parties. [Emphasis added.]

Dans mes motifs de l'affaire *Tandy*, précitée, à la p. 214, je fais cette remarque:

[TRADUCTION] Il est certain que la Commission ne peut pas imposer aux parties une convention collective et qu'elle ne doit pas normalement imposer aux parties une condition d'une convention collective. [Je souligne.]

It is trite to observe that the factual situation which has given rise to the case at bar could never be described as the "usual course of events". On the contrary, the length, violence and community consequences make this dispute one of extraordinary circumstances. I still hold to the view that the Board should not readily intervene in the free collective bargaining process. Nor should it routinely impose a collective agreement or key terms of an agreement on the parties. However, it would be wrong to say that a situation will never arise where more extreme measures will have to be taken in fashioning a remedial order. This is precisely such a case. In fact, even in *Tandy*, notwithstanding the general cautionary statement, it was concluded that even though the Board's order had the indirect effect of imposing a term of a collective agreement on the parties it was appropriate in light of the Board's findings.

Next, the appellant argued that s. 80 of the *Canada Labour Code*, which gives the Board a special power to impose a first collective agreement on parties where none has been reached, would be redundant if s. 99(2) already grants the Board this power. I cannot accept this contention. To begin with a s. 80 remedy can be applied at the Minister's discretion. The remedy may be imposed even where there is no finding of an unfair labour practice. Furthermore, in the context of a first collective agreement, the Board can fashion its own collective agreement, which it believes to be in the best interests of the parties. This final agreement is then imposed on both parties without any requirement that it be ratified by either side. It is a final order binding on the parties. Instead of drafting the principal agreement themselves, under the provisions of s. 80, the parties may present evidence for the Board to take into account. However, the Board has a discretion as to the extent it will act upon it. By contrast, the tentative agreement was one which the appellant drew up itself, and which the Union was given a chance to ratify. It was ordered as a means of counteracting the consequences of the appellant's breach of the duty to bargain in good faith. It is apparent that s. 80 of the

C'est un truisme de dire que les faits de l'espèce ne pourraient jamais se produire «normalement». Au contraire, la longueur du conflit, la violence qui l'a marqué et ses répercussions sur la collectivité constituent des circonstances extraordinaires. Je suis toujours d'avis que le Conseil ne doit pas intervenir à la légère dans le processus de la libre négociation collective. Il ne doit pas non plus imposer couramment aux parties une convention collective ou les conditions essentielles d'une convention collective. Toutefois, ce serait une erreur de dire qu'il ne se présentera jamais de cas qui exige la recherche d'une réparation comportant des mesures plus exceptionnelles. Le présent pourvoi est l'un de ces cas. En fait, même dans l'affaire *Tandy*, en dépit de la mise en garde générale, il a été conclu que, bien que l'ordonnance de la Commission ait indirectement eu pour effet d'imposer aux parties une condition d'une convention collective, elle était appropriée, compte tenu des conclusions de la Commission.

L'appelante a soutenu en outre que l'art. 80 du *Code canadien du travail* qui confère au Conseil le pouvoir spécial d'imposer aux parties une première convention collective si elles n'ont pas réussi à en conclure une, serait superflu si le par. 99(2) lui accorde déjà ce pouvoir. Je ne peux pas accepter cet argument. Tout d'abord, la réparation prévue à l'art. 80 est laissée à l'appréciation du ministre. Elle peut être imposée même si aucune pratique déloyale de travail n'a été constatée. De plus, s'agissant d'une première convention collective, le Conseil peut préparer son propre texte, s'il croit que cette mesure sera dans l'intérêt des parties. Cette convention définitive est ensuite imposée aux deux parties sans que sa ratification par l'une ou l'autre soit nécessaire. C'est une ordonnance définitive qui lie les parties. Au lieu de rédiger la première convention elles-mêmes, les parties, sous le régime de l'art. 80, peuvent présenter des éléments de preuve au Conseil. Toutefois, le Conseil a toute latitude pour déterminer dans quelle mesure il en tiendra compte. Par contre, l'entente de principe était une convention rédigée par l'appelante elle-même, que le syndicat a eu la possibilité de ratifier. Elle a été ordonnée comme mesure visant à parer aux effets de la violation par l'appelante de

Code applies to a different situation altogether. It follows that there is no need for s. 99(2) to be read restrictively as a result of the provisions of s. 80.

94 Another objection to the Board's order raised by the appellant was that the Board had fixed a three-year term for the duration of the new collective agreement. This seems to be a somewhat specious and unacceptable argument in light of the appellant's earlier specific request that the Board fix a term for the duration of the agreement. In fixing a three-year term, the Board was simply complying with the appellant's request. The chief negotiator for the company had written a letter to the Industrial Inquiry Commission stating that: "[t]he Company has not made a secret of the fact that it wishes a long term collective agreement of five or even seven years or better yet for the balance of the life of the mine". Further on, he continued:

While the terms of the collective agreement should be privately negotiated, a duration of sufficient length should be imposed to guarantee that a strike (or a lock out) would not be legally possible for a number of years to come.

95 In light of this, the appellant's contention that the Board did not have the power to impose a term in this regard cannot be accepted.

96 There were four other outstanding issues which the Board referred back to the parties to negotiate for a period of 30 days, following which there would be a process of mediation to finality. These four issues covered transportation, statutory holidays, wages ("Gold Scale Adjustment") and safety inspections. While the appellant objected to the Board's intervening on these unresolved issues, which were not the subject of the bad faith finding, it is important to note that the appellant actually received greater concessions through the Board's order than it had previously put forward in the tentative agreement. Furthermore, the Industrial Inquiry Commissioners had received written submissions from both parties as to what they would be willing to accept with respect to the four out-

l'obligation de négociier de bonne foi. Il est évident que l'art. 80 du Code s'applique à une situation tout à fait différente. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire d'interpréter restrictivement le par. 99(2) à cause des dispositions de l'art. 80.

Une autre objection de l'appelante à l'ordonnance du Conseil est que celui-ci a fixé à trois ans la durée de la nouvelle convention collective. Cela semble être un argument quelque peu spécieux et inacceptable de la part de l'appelante car elle avait antérieurement demandé précisément que le conseil fixe la durée de la convention. En fixant la durée à trois ans, le Conseil n'a fait qu'accéder à la demande de l'appelante. Le négociateur en chef pour l'entreprise avait écrit une lettre à la commission d'enquête sur les relations du travail disant: [TRADUCTION] «[l']entreprise n'a pas caché qu'elle souhaitait une convention collective de longue durée, de cinq, voire sept ans, ou même ce qui serait mieux, qui durerait aussi longtemps que la mine». Il ajoute:

[TRADUCTION] Certes, les conditions de la convention collective doivent être négociées entre les parties, mais il convient que soit imposée une durée suffisante pour garantir qu'une grève (ou un lock-out) ne soit pas légalement possible pendant un bon nombre d'années.

Compte tenu de ce qui précède, l'argument de l'appelante selon lequel le Conseil n'avait pas le pouvoir de fixer la durée ne peut pas être accepté.

Le Conseil a renvoyé aux parties quatre autres points non réglés pour qu'elles en négocient le règlement dans un délai de 30 jours, après quoi les points feraient l'objet d'une médiation exécutoire. Ces quatre points concernaient le transport, les jours fériés, les salaires («l'ajustement sur le cours de l'or») et les inspections de sécurité. Bien que l'appelante se soit opposée à ce que le Conseil intervienne pour régler ces points en suspens, qui n'étaient pas visés par la conclusion du Conseil touchant la négociation de mauvaise foi, il importe de noter que l'appelante a de fait obtenu plus de concessions par suite de l'ordonnance du Conseil qu'elle en avait proposé dans l'entente de principe. Par surcroît, la commission d'enquête sur les relations du travail avait reçu des observations écrites

standing issues. The Commission's final recommendations, which became the basis of the Board's order, took into account the parties' submissions and were ultimately, very favourable to the appellant.

Indeed, the company issued a press release in which they acknowledged that they were pleased at having obtained further concessions. In particular, the special mediators' recommendations, which were incorporated into the Board's order, provided that the two-day Miner's Day weekend should be discontinued and replaced with only one floating holiday. This resulted in a \$126,000 saving for the appellant. Other concessions favourable to the appellant included: the adoption of some of the wage scale which was currently in place for the replacement workers, a term which the appellant had requested; the discontinuation of the practice of providing money in lieu of airfares for miners and their families until the third year of the collective agreement, which translated into a savings of three-quarters of a million dollars for the company and; finally, a cap was imposed on the number of days available for safety tours each month.

(3) A Summary Pertaining to the Remedial Order

Clearly it can never be forgotten that free collective bargaining is a corner stone of the *Canada Labour Code* and of labour relations. As a general rule it should be permitted to function. Nonetheless, situations will arise when that principle can no longer be permitted to dominate a situation. Where the dispute has been bitter and lengthy; the parties intransigent and their positions intractable; when it has been found that one of the parties has not been bargaining in good faith and that this failure has frustrated the formation of a collective bargaining agreement; and where a community is suffering as a result of the strike then a Board will be justified in exercising its experience and special skill in order to fashion a remedy. This will be true even if the consequence of the remedy is to put an

des deux parties relativement à ce qu'elles seraient disposées à accepter quant aux quatre points non réglés. Les recommandations finales de la commission, qui sont reprises dans l'ordonnance du Conseil, tiennent compte des arguments des parties et, en dernière analyse, sont très favorables à l'appelante.

En fait, l'entreprise a publié un communiqué dans lequel elle reconnaît être heureuse d'avoir obtenu d'autres concessions. En particulier, les médiateurs spéciaux ont formulé des recommandations qui sont reprises dans l'ordonnance du Conseil et selon lesquelles la fin de semaine du Miner's Day serait supprimée et remplacée par un congé mobile d'une journée. Cela représentait une économie de 126 000 \$ pour l'entreprise. Parmi les autres concessions avantageuses pour l'appelante, on compte: l'adoption partielle de l'échelle des salaires déjà en vigueur pour les travailleurs de remplacement, condition qu'avait demandée l'appelante; l'abandon de la pratique de la substitution d'une indemnité en argent au prix du billet d'avion pour les mineurs et leur famille jusqu'à la troisième année de la convention collective, ce qui signifiait une économie de trois quarts de million de dollars pour l'entreprise; enfin, la fixation d'un nombre de jours limité pour les tournées de sécurité mensuelles.

(3) Sommaire concernant l'ordonnance réparatrice

De toute évidence, il ne faut jamais oublier que les libres négociations collectives sont un principe fondamental du *Code canadien du travail* et des relations du travail. En règle générale, il faut laisser libre cours à ce processus. Néanmoins, il se produit des cas où l'on ne saurait permettre que ce principe soit prédominant. Si le conflit a été long et amer, les parties intransigentes et leurs positions inflexibles, si l'on a constaté que l'une des parties n'a pas négocié de bonne foi et que ce manquement a empêché la conclusion d'une convention collective, si la grève cause des torts à la collectivité, alors le conseil peut légitimement user de son expérience et de ses compétences spécialisées pour concevoir une réparation. Cela vaut même si la réparation a pour effet de mettre fin aux libres

end to free collective bargaining. This follows in part because it is the lack of good faith bargaining by a party which is frustrating the bargaining process and in part because of the other principles and factors the Board is required to consider pursuant to the provision of the *Canada Labour Code*.

99 In the case at bar, the strike had been bitter and long. The intractable position of appellant that it would not consider some form of due process for dismissed employees was found to constitute lack of good faith. This position of the appellant certainly put an end to any possibility of true bargaining between the parties. The community of Yellowknife was obviously suffering. In those circumstances it was appropriate for the Board to fashion a remedy. The remedy put forward did not impose a collective agreement on the appellant. Rather the Board used as a basis for the bulk of its remedy the tentative agreement drafted and put forward by the appellant. Obviously this agreement was acceptable to the appellant in April 1992. It is true that it had changed its mind with regard to four matters. On those matters the parties were directed to bargain for 30 days and if they failed to reach agreement they would be subject to binding mediation on those issues. In light of the past history of the intransigence of the parties, no other solution was feasible. Indeed the press release of the appellant expressed its pleasure with the result of the mediation on the four matters.

100 In the circumstances of this case it was beneficial to the parties and to the community that the Board applied its experience and skill to design a remedy that was eminently fair and sensible.

101 The Board did not impose the tentative agreement or the additional terms and conditions on the parties without first ensuring that all the other options which could realistically be expected to bring an end to the dispute had been exhausted. The Board had tried conciliation, mediation, ministerial intervention and the appointment of an Industrial Inquiry Commission. The Commission had issued a number of reports and recommendations to no avail. The Commissioners went so far as to twice request the appellant to provide a

négociations collectives. Ce résultat découle, en partie, de la mauvaise foi de l'une des parties qui entrave le processus de la négociation et, en partie, des autres principes et facteurs dont le Conseil doit tenir compte dans l'application de la disposition du *Code canadien du travail*.

En l'espèce, la grève a été longue et amère. Il a été décidé que la position inflexible de l'appelante, qui a refusé de considérer toute procédure équitable pour les employés congédiés, constituait une omission de négocier de bonne foi. Cette position de l'appelante a certainement bloqué toute négociation réelle entre les parties. La collectivité de Yellowknife souffrait manifestement. Vu ces circonstances, il convenait que le Conseil formule une réparation. Celle-ci n'imposait pas une convention collective à l'appelante. Le Conseil s'est plutôt inspiré, pour l'essentiel de sa réparation, de l'entente de principe rédigée et offerte par l'appelante. De toute évidence, cette convention était acceptable pour l'appelante en avril 1992. Il est vrai qu'elle avait changé d'avis en ce qui concerne quatre points. Les parties devaient négocier sur ces points pendant 30 jours et, en cas d'échec, une médiation exécutoire serait imposée à leur sujet. Vu l'intransigence dont les parties avaient fait preuve, aucune autre solution n'était possible. En fait, l'appelante a indiqué dans son communiqué qu'elle se réjouissait du résultat de la médiation pour ce qui est de ces quatre points.

Vu les circonstances de la présente espèce, il était avantageux pour les parties et pour la collectivité que le Conseil se fonde sur son expérience et ses compétences pour formuler une réparation qui était éminemment juste et judicieuse.

Le Conseil n'a pas imposé aux parties l'entente de principe ou les conditions supplémentaires sans s'être d'abord assuré qu'elles avaient épuisé toutes les autres mesures susceptibles, d'un point de vue réaliste, de permettre de régler le conflit. Le Conseil avait essayé la conciliation, la médiation, l'intervention du ministre et la constitution d'une commission d'enquête sur les relations du travail. La commission avait remis en vain des rapports et des recommandations. Elle est allée jusqu'à demander à deux reprises à l'appelante d'exposer

detailed written statement of its current position on all the outstanding issues. The appellant did not comply with either request. Therefore, in light of both the lack of cooperation and the lack of good faith bargaining by the appellant and the damage to the community which the parties' dispute had caused, the Board properly exercised its discretion to impose a remedy which would put an end to the impasse.

The remedial order directly related to the effect of the failure to bargain in good faith and in so far as was possible complied with the aims and objects of the *Canada Labour Code*. The Board considered the objectives of the Code and, accordingly, devised a constructive settlement to the dispute. The remedy struck an appropriate balance between the public interest and the interests of the parties. In my view, the Board's order is beyond reproach. The order made came within the jurisdiction of the Board. Therefore applying the appropriate degree of deference I find that the order was not patently unreasonable and therefore cannot be set aside. Yet if it were necessary I would go further and state that if the standard the order had to meet was one of correctness then it would meet that standard as well. In the circumstances of this case the order was correctly made.

V. Disposition

The appeal should be dismissed with costs.

The reasons of Sopinka, McLachlin and Major J.J. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

This case involves a bitter labour dispute involving the Giant Mine located in Yellowknife in the Northwest Territories. On a review of the history of the lengthy negotiations between the parties, the Canada Labour Relations Board (the "Board") concluded that both parties had acted in an obtuse and intransigent manner and committed numerous

par écrit et en détail sa position sur toutes les questions non réglées. Ces demandes sont restées sans réponse. Par conséquent, compte tenu du manque de coopération et du défaut de négociier de bonne foi de l'appelante, ainsi que des torts subis par la collectivité du fait du conflit de travail, le Conseil a légitimement exercé son pouvoir discrétionnaire pour imposer une réparation qui dénouerait l'impasse.

L'ordonnance réparatrice avait un lien direct avec les effets de l'omission de négociier de bonne foi et, dans la mesure du possible, était conforme aux objectifs du *Code canadien du travail*. Le Conseil a examiné ces objectifs et conçu en conséquence une réparation qui intègre le règlement positif du différend et la pondération de l'intérêt public et des intérêts des parties. À mon avis, il n'y a rien à redire à l'ordonnance du Conseil, qui relevait de sa compétence. Par conséquent, en appliquant le degré voulu de retenue, j'estime que l'ordonnance n'était pas manifestement déraisonnable et ne peut donc pas être annulée. Pourtant, si cela était nécessaire, j'irais jusqu'à dire que si la norme que l'ordonnance devait respecter était celle de la décision correcte, alors elle satisferait également à cette norme. Vu les circonstances de l'espèce, l'ordonnance rendue était correcte.

V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Sopinka, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur un conflit de travail acrimonieux à la mine Giant située à Yellowknife dans les Territoires du Nord-Ouest. De son étude du déroulement des longues négociations entre les parties, le Conseil canadien des relations du travail (le «Conseil») a conclu que les deux parties avaient fait preuve d'intransigeance obtuse et

102

103

104

instances of bad faith bargaining over the course of the negotiations.

105 The Board chose to intervene, however, on a single instance of bad faith bargaining committed by the employer who it found took an unreasonable position with respect to employees dismissed for participating in a riot on the picket line. The employer insisted on its position to the point of impasse and made resolution of this issue a precondition to bargaining on other issues.

106 The remedy imposed by the Board was to order the employer to offer the union a collective agreement substantially similar to one which it had presented almost two years earlier but which had been rejected by the union membership at that time. The Board also ordered that the four most contentious monetary issues be subjected to binding mediation if no agreement were reached between the parties within 30 days.

107 The effect of the Board's order was to impose the terms of a new collective agreement upon the employer. This was a form of compulsory interest arbitration which was outside the remedial jurisdiction granted to the Board in s. 99(2) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.

108 The order imposed by the Board did not exhibit the requisite nexus between the breach, consequences adverse to the objects of the Code and the remedy. As well, the order failed to promote the primary object of the Code which is to encourage the constructive settlement of disputes by the parties through the process of free collective bargaining.

109 It is easy to sympathize with the desire of the Board to impose closure on a rancorous dispute which had divided a community and led to loss of life. Nevertheless, the power to bring this dispute to an end lay with the executive and legislative branches of government and was not delegated to the Board under the wording of s. 99(2) of the Code.

s'étaient rendues coupables à maintes occasions au cours des négociations de manquements à leur obligation de négocier de bonne foi.

Le Conseil a cependant choisi d'intervenir en ce qui a trait à un seul cas de négociation de mauvaise foi, estimant que l'employeur avait adopté une position déraisonnable à l'égard des employés congédiés pour avoir participé à une émeute sur la ligne de piquetage. L'employeur a maintenu cette position jusqu'à l'impasse et a fait du règlement de cette question une condition préalable à la négociation d'autres questions.

Le Conseil a imposé à l'employeur comme réparation d'offrir au syndicat une convention collective essentiellement semblable à celle qu'il avait proposée presque deux ans plus tôt, mais que les membres du syndicat avaient alors rejetée. Il a ordonné en outre que les quatre clauses financières les plus contestées soient soumises à la médiation exécutoire si les parties ne parvenaient pas à conclure un accord dans les 30 jours.

L'ordonnance du Conseil a eu pour effet d'imposer à l'employeur les conditions d'une nouvelle convention collective. C'était une forme d'arbitrage obligatoire qui dépassait les limites de la compétence en matière de réparation dont le Conseil est investi par le par. 99(2) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

Le lien requis entre la violation, les conséquences néfastes à la réalisation des objectifs du Code et la réparation ne ressort pas de l'ordonnance imposée par le Conseil. De plus, celle-ci ne favorise pas l'objectif premier du Code qui est d'encourager le règlement positif des différends par les parties grâce à la pratique des libres négociations collectives.

Il est facile de comprendre le désir du Conseil de s'interposer dans un conflit marqué par la rancœur, qui a divisé une collectivité et entraîné des pertes de vies humaines. Néanmoins, c'est aux organes exécutif et législatif qu'il appartenait de mettre un terme à ce conflit, le libellé du par. 99(2) du Code ne déléguant pas ce pouvoir au Conseil.

II. Facts

In 1990, the appellant, Royal Oak Mines Inc. acquired the Giant Mine in the Northwest Territories. The respondent Canadian Association of Smelter and Allied Workers, Local No. 4 (the "Union") represented the workers at the mine, and had been their certified bargaining agent since 1976.

The appellant undertook a significant risk, and a considerable entrepreneurial challenge in acquiring the Giant Mine, given its nature, age and the grades of gold ore remaining in the mine. This gold mine, which has been in operation for over 50 years, is a highly complex and dangerous one.

At the time of the purchase, the mine had become known for its poor productivity and troubled labour relations. It was not clear that the mine would ever be financially viable. The appellant purchased the mine out of soft receivership and through a concerted effort to reduce costs managed to reduce the losses significantly in the first year of operation.

The collective agreement existing between the parties was set to expire on March 31, 1992. In February 1992, negotiations for a new collective agreement began between the parties. A federal conciliation officer was appointed to assist the parties in arriving at an agreement. Conciliation meetings were held in April 1992, eventually resulting in a tentative agreement.

The Union bargaining committee recommended acceptance of the offer put forward by the employer. However, the offer was overwhelmingly rejected by the membership of the Union. The employer informed the Union that it would be willing to alter the terms of the tentative offer, but not in a way that would increase the costs of the agreement to the employer. The Union, however, insisted on several changes that would result in considerably higher costs than the proposed agreement.

A total impasse was eventually reached and the employees voted to strike. When it became clear

II. Les faits

En 1990, l'appelante, Royal Oak Mines Inc., a acquis la mine Giant dans les Territoires du Nord-Ouest. L'intimé, l'Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés, section locale n° 4 (le «syndicat»), représentait les travailleurs de la mine et était leur agent négociateur accrédité depuis 1976.

L'appelante a accepté un risque considérable et un défi commercial de taille en se portant acquéreur de la mine Giant, compte tenu de l'âge et de la nature de l'exploitation et de la qualité du gisement d'or. Cette exploitation minière établie depuis plus de 50 ans est très complexe et dangereuse.

À la date de l'acquisition, la mine était bien connue pour sa faible productivité et les mauvaises relations de travail qui y régnaient. Il n'était pas certain qu'elle pourrait devenir viable. L'appelante l'a achetée dans des conditions de mise sous séquestre. Grâce à des efforts concertés pour réduire les coûts, elle a réussi à diminuer sensiblement les pertes au terme du premier exercice.

La convention collective existant entre les parties devait expirer le 31 mars 1992. En février 1992, les parties ont entamé des négociations en vue de son renouvellement. Un conciliateur fédéral a été chargé de les aider à arriver à une entente. Des réunions de conciliation ont été tenues en avril 1992 et ont abouti à une entente de principe.

Le comité syndical de négociation a recommandé que les membres acceptent l'offre de l'employeur, mais ceux-ci l'ont rejetée massivement. L'employeur a informé le syndicat qu'il était disposé à modifier les conditions de l'entente de principe, mais à la condition que les changements ne lui imposent pas un coût supérieur à celui découlant de l'entente. Le syndicat a cependant insisté sur plusieurs changements qui auraient entraîné un coût considérablement plus élevé.

Les parties se sont finalement trouvées dans une impasse et les employés ont voté pour la grève.

110

111

112

113

114

115

that the strike was imminent, the employees were locked out. The strike began on May 23, 1992, and continued unabated for 18 months.

116 An atmosphere of hostility prevailed during the strike, it was marked by illegal picketing of company property, violence and finally an explosion that killed nine miners. The appellant continued its mining operations using replacement workers, management staff, and a small number of union members who had crossed the picket line.

117 From June to September 1992, the appellant dismissed approximately 45 employees, strikers and members of the Union. Each of the dismissed employees had allegedly been involved in violent strike activities between June and September 1992, including a riot on June 14, 1992. On September 18, 1992 there was an explosion in the mine which killed nine people. A member of the Union was charged in connection with this explosion.

118 On September 30, 1992, the Minister of Human Resources and Labour appointed two special mediators to inquire into the labour dispute and assist the parties in negotiating a settlement. On November 25, 1992, the mediators submitted an interim report, identifying six special circumstances of the dispute which made it the most difficult they had ever witnessed. The report stressed the need for a change in the behaviour of both parties.

119 On December 22, 1992, the special mediators were appointed Industrial Inquiry Commissioners and they conducted their first formal proceedings on January 29 and 30, 1993.

120 The appellant refused to advance a bargaining position until the respondent Board issued its determination of a raid application that had been filed by an employee association seeking to replace the respondent Union. The association in question was composed of replacement workers and a small number of union members who had crossed the picket lines. The Industrial Inquiry Commission adjourned the proceedings pending

Devant l'imminence de cette grève, l'employeur a décrété un lock-out. Déclenchée le 23 mai 1992, la grève s'est poursuivie pendant 18 mois.

La grève a baigné dans une atmosphère d'hostilité et a été marquée par le piquetage illégal des terrains de l'entreprise, par la violence et, finalement, par une explosion qui a tué neuf mineurs. L'appelante a continué l'exploitation de la mine avec des travailleurs de remplacement, le personnel cadre et un petit nombre de syndiqués qui avaient traversé la ligne de piquetage.

De juin à septembre 1992, l'appelante a congédié environ 45 employés, grévistes et syndiqués, qui auraient pris part à des actes de violence liés à la grève entre juin et septembre 1992, y compris une émeute survenue le 14 juin 1992. Le 18 septembre 1992, une explosion dans la mine a tué neuf personnes. Un membre du syndicat a été inculpé relativement à cette explosion.

Le 30 septembre 1992, le ministre du Développement des ressources humaines et du Travail a chargé deux médiateurs spéciaux d'étudier le conflit de travail et d'aider les parties à négocier un règlement. Le 25 novembre 1992, ils ont présenté un rapport provisoire dans lequel ils faisaient mention de six circonstances particulières qui faisaient de ce conflit de travail le plus difficile qu'ils aient connu. Ils soulignaient la nécessité d'un changement dans l'attitude des deux parties.

Le 22 décembre 1992, les médiateurs spéciaux ont été désignés comme commission d'enquête sur les relations du travail et ils ont tenu leurs premières audiences formelles les 29 et 30 janvier 1993.

L'appelante a refusé de présenter une position de négociation tant que le Conseil intimé n'aurait pas statué sur une demande déposée, suite à du maraudage, par une association d'employés cherchant à évincer le syndicat intimé. Cette association était composée de travailleurs de remplacement et d'un petit nombre de syndiqués qui avaient traversé la ligne de piquetage. La commission d'enquête sur les relations du travail a ajourné ses

the outcome of the raid application. On May 5, 1993, the respondent Board dismissed the application for certification, finding that the employee association had not established majority support: 92 di 1.

On May 14, 1993, the Commission process resumed. The most significant point of disagreement between the parties concerned some 45 workers that had been fired for participation in illegal strike activity and riots. The Union wished to have some mechanism for handling the grievances of those former employees, allowing those problems to be considered by an impartial third party. The employer, however, refused to entertain any provision for the arbitration or independent determination of questions arising from the discharge of the employees. The Commissioners identified this issue as "perhaps the biggest obstacle to meaningful collective bargaining".

On May 25, 1993, the respondent Union filed a complaint with the Board pursuant to s. 50(a) of the *Canada Labour Code* alleging that, after notice to bargain collectively was given, the appellant had failed to bargain in good faith and to make every reasonable effort to enter into a collective agreement.

On November 11, 1993, the Board allowed the Union's complaint, concluding that the appellant had failed to bargain in good faith as required by s. 50 of the Code. On the basis of this finding the Board ordered the appellant to offer a collective agreement which contained terms specified by the Board: 93 di 21.

Under the Board's order, four terms of the agreement were to remain the subject of further bargaining for 30 days and then be mediated to finality. These issues were transportation, statutory holidays, wages and safety inspections. All of these issues were eventually mediated successfully with the result that the appellant ironically obtained terms more beneficial to it than those which it had been willing to offer the Union in 1992.

audiences en attendant l'issue de la demande d'accréditation. Le 5 mai 1993, le Conseil intimé a rejeté cette demande pour le motif que l'association n'avait pas obtenu l'appui de la majorité: 92 di 1.

Le 14 mai 1993, la commission a repris ses travaux. Le principal point de désaccord entre les parties concernait quelque 45 travailleurs congédiés pour leur participation à des activités illégales et à des émeutes dans le cadre de la grève. Le syndicat voulait que soit prévue une procédure qui permettrait de soumettre les griefs de ces employés à un tiers impartial. L'employeur a toutefois refusé d'envisager toute disposition prévoyant l'arbitrage ou quelque autre mécanisme indépendant de règlement des litiges découlant du congédiement des employés. De l'avis des commissaires, cette question était [TRADUCTION] «peut-être le plus gros obstacle à une négociation collective valable».

Le 25 mai 1993, le syndicat intimé a saisi le Conseil d'une plainte contre l'appelante conformément à l'al. 50a) du *Code canadien du travail*, alléguant que celle-ci, une fois l'avis de négociation collective donné, n'avait pas négocié de bonne foi et n'avait pas fait tout effort raisonnable pour conclure une convention collective.

Le 11 novembre 1993, le Conseil a conclu que l'appelante n'avait pas négocié de bonne foi comme l'exige l'art. 50 du Code et a donc fait droit à la plainte du syndicat. En raison de cette conclusion, il a ordonné à l'appelante de déposer une offre de convention collective contenant les conditions qu'il lui indiquait: 93 di 21.

Aux termes de l'ordonnance du Conseil, quatre points devaient faire l'objet de négociations entre les parties pendant 30 jours, puis en cas d'échec, faire l'objet d'une médiation exécutoire. Ces points concernaient le transport, les jours fériés, les salaires et les inspections de sécurité. Toutes ces questions ont finalement été réglées par voie de médiation, de sorte que, ironiquement, l'appelante a obtenu des conditions plus avantageuses que celles qu'elle était prête à offrir au syndicat en 1992.

121

122

123

124

125 On March 24, 1994, the Federal Court of Appeal unanimously dismissed the appellant's application for judicial review of the Board's decision: (1994), 167 N.R. 234, [1994] N.W.T.R. 179.

III. Decision of the Canada Labour Relations Board

126 The Board held that it was unnecessary to deal with all of the Union's allegations of misconduct. In the opinion of the Board, it was clear on the evidence that on at least one of the points raised by the Union, "the company was, in effect if not in words, placing an improper precondition on the resumption of bargaining" (p. 24).

127 Thus, the Board based its decision to intervene on a single instance of bad faith bargaining by the appellant, which it characterized as the most serious matter raised in the case. The Board concluded that the employer's refusal to consider any provision for the arbitration of claims arising from the discharge of 45 striking employees for alleged misconduct on the picket line amounted to "bad faith" within the meaning of s. 50(a).

128 The Board described the situation as follows (at pp. 25-26):

There is no doubt that there was considerable violence on the picket line, and that on one occasion, this developed into a full riot. After studying reports and videos of those events, the company decided to terminate the employment of those of its striking employees whom it considered to have misconducted themselves in a serious way. Employees on strike remain employees, and where they damage company property or injure other employees, they may be subject to disciplinary measures, including the termination of their employment. Where such action is taken, employees would generally have no recourse to a grievance procedure, because a collective agreement providing for such procedure is not in force. It is usual, however, where a strike is settled and a new collective agreement made, to provide, explicitly or implicitly, a procedure for determining claims that the exercise of such disciplinary powers during the strike was not for just cause. In the instant case, the company has taken the position that it will not agree

Le 24 mars 1994, la Cour d'appel fédérale a rejeté à l'unanimité la demande de contrôle judiciaire de la décision du Conseil présentée par l'appelante: (1994), 167 N.R. 234, [1994] N.W.T.R. 179.

III. La décision du Conseil canadien des relations du travail

Le Conseil n'a pas estimé nécessaire d'examiner toutes les allégations du syndicat concernant les actions répréhensibles de l'appelante. Il était clair pour lui, après examen de la preuve, qu'à l'égard d'au moins un des points soulevés par le syndicat, «l'employeur imposait, dans la pratique sinon dans les termes, une condition préalable qui n'était pas propice à la reprise des négociations» (p. 24).

Le Conseil a donc décidé d'intervenir à l'égard d'un seul aspect de l'omission par l'employeur de négocier de bonne foi, qui représentait d'après lui la question la plus grave soulevée dans cette affaire. Il a conclu que le refus de l'employeur de considérer toute disposition prévoyant l'arbitrage des litiges découlant du congédiement de 45 grévistes pour leur inconduite alléguée sur la ligne de piquetage représentait de la «mauvaise foi» au sens de l'al. 50a).

Le Conseil décrit la situation dans ces termes, aux pp. 25 et 26:

Il ne fait aucun doute que la ligne de piquetage a été la scène de nombreux actes de violence qui, à une occasion, ont dégénéré en émeute. Après avoir étudié les rapports et les films vidéo de ces incidents, l'employeur a décidé de congédier les employés en grève qui, à ses yeux, s'étaient conduits de façon répréhensible. Les employés en grève demeurent des employés et, dans les cas où ils endommagent des biens de l'employeur ou s'attaquent à d'autres employés, ils peuvent faire l'objet de mesures disciplinaires, y compris d'un congédiement. Lorsque de telles mesures sont prises, les employés ne peuvent ordinairement pas recourir à la procédure de règlement des griefs, vu l'absence de convention collective prévoyant une telle procédure. Il est habituel cependant, une fois la grève terminée et une nouvelle convention collective conclue, de prévoir implicitement ou explicitement une procédure en vue de trancher les questions découlant du présumé exercice illégal des pouvoirs disciplinaires pendant le grève. Dans la pré-

to any provision for the arbitration or other independent determination of questions arising from its discharge of the 45 employees, and that it will not permit them to return to work under any circumstances.

The Board determined that the employer had made the refusal to consider any form of arbitration for the claims of the dismissed employees “a precondition of bargaining . . . [which] constitutes a failure to bargain in good faith” (p. 26).

The Board agreed that the position taken by the employer merited serious consideration and that it was sincerely and deeply held. The Board stated (at p. 26):

This aspect of the matter calls for some elaboration, since we consider that the company’s position is sincerely and deeply held, and since we consider as well that it is a position for which serious — but not persuasive — arguments can be made. If indeed the discharged employees have committed the acts of vandalism or assault which the company believes they have committed, if these were serious offenses and perhaps if the employees had previous disciplinary records, then there would of course be just cause for the termination of their employment. The company has said it will not permit their return to work because of the danger created by having such persons working together with other workers who did not share their views on the strike, and that this is particularly important where work is to be performed in a mine, where opportunities for undetectable assaults or worse are innumerable, and where confidence in one’s fellow workers is essential. This is a serious argument.

However, the Board did not accept that it was legitimate for the appellant to assert the jurisdiction of the company to be both the accuser and the judge of the dismissed strikers. On this point it concluded (at pp. 26-27):

The fallacy in [the appellant’s] argument, in the present context, is that it assumes the guilt of the persons concerned or, perhaps, more precisely, it asserts the jurisdiction of the company to be both accuser and judge. An employer may indeed have that jurisdiction in a non-

sente affaire, l’employeur a décidé de refuser toute disposition prévoyant l’arbitrage ou quelque autre mécanisme indépendant de règlement des litiges découlant du congédiement des 45 grévistes en question et de n’accepter sous aucune condition leur retour au travail.

Le Conseil a décidé que l’employeur avait fait de son refus de considérer quelque arbitrage que ce soit pour les litiges relatifs aux employés congédiés «une condition préalable à la négociation [. . .] [ce qui] constitue une omission de négocier de bonne foi» (p. 26).

Il a convenu que la position prise par l’employeur méritait d’être examinée sérieusement et qu’elle procédait d’une conviction profonde. Il a dit ceci, à la p. 26:

Cet aspect de l’affaire demande un certain développement, puisqu’il est manifeste que la position de l’employeur procède d’une conviction profonde et que nous estimons aussi qu’il s’agit d’une position à l’appui de laquelle des arguments sérieux, quoique non déterminants, peuvent être formulés. Si les employés congédiés ont réellement commis les actes de vandalisme ou les voies de fait que l’employeur leur reproche, si les actes commis sont effectivement graves et si, peut-être, les employés en question avaient des dossiers attestant des mesures disciplinaires antérieures, il y aurait alors sans doute motif de congédiement. L’employeur a affirmé qu’il ne pouvait permettre leur retour au travail à cause du danger qu’il y aurait à faire travailler ces personnes en compagnie d’autres employés ayant adopté une position différente pendant la grève; cette considération revêt ici une importance toute particulière puisque le travail s’effectue au fond d’une mine, où les possibilités que des voies de fait ou des actes pires encore passent inaperçus sont innombrables et où la confiance à l’égard de ses collègues de travail est essentielle. Cet argument ne manque pas de poids.

Toutefois, il a estimé qu’il n’était pas légitime que l’appelante affirme le droit de l’employeur d’être à la fois accusateur et juge des grévistes congédiés. Sur ce point, il tire la conclusion suivante aux pp. 26 et 27:

Cependant, [l’argument de l’appelante] ne saurait être retenu dans le présent contexte puisqu’il présume de la culpabilité des personnes en cause ou, plus précisément peut-être, qu’il affirme le droit de l’employeur d’être à la fois accusateur et juge. Il se peut qu’un employeur

129

130

131

collective bargaining situation, but this is not such a situation. Questions of identification and of course of evaluation of acts committed and the circumstances in which they were committed are best determined by an objective third party, and this is particularly so the more emotional the circumstances.

soit en droit d'exercer ces deux rôles dans un contexte non régi par la négociation collective, mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Mieux vaut laisser à une tierce partie impartiale le soin de trancher les questions relatives à l'identification des personnes et aussi à l'évaluation de la gravité des actes et des circonstances dans lesquelles ils ont été commis. Cette façon de procéder est d'autant plus indiquée dans des situations tendues.

132 As a result, the Board held that the appellant had bargained in bad faith by taking a position with respect to the dismissed employees which was objectively unreasonable and which blocked bargaining completely.

En conséquence, le Conseil a conclu que l'appelante avait négocié de mauvaise foi en prenant à l'égard des employés congédiés une position objectivement déraisonnable, qui a provoqué un blocage complet des négociations.

133 In addition to the bad faith involving the issue of the dismissed employees on which the Board chose to intervene, the Board identified two other areas in which the appellant had previously acted in bad faith but was no longer doing so.

Outre la mauvaise foi relative à la question des employés congédiés au sujet de laquelle le Conseil a choisi d'intervenir, celui-ci a précisé deux autres points à l'égard desquels l'appelante avait déjà agi de mauvaise foi, mais avait cessé depuis.

134 The first example of prior bad faith concerned the employer's refusal to continue bargaining until a raid application had been resolved. Although the Board agreed that there may have been "a cloud over the incumbent union's right to represent the employees in the union" (p. 25), the Board was of the view that "the juridical fact is that the incumbent, CASAW, was at all material times the certified bargaining agent" (p. 25). The Board held that "[a]n employer cannot refuse to negotiate with the certified bargaining agent" pending the results of a raid application. It concluded that "[u]nderstandable as the company's hesitation on this point may have been, failure to bargain on this ground constituted a failure to bargain in good faith" (p. 25).

Le premier cas de mauvaise foi antérieure concernait le refus de l'employeur de poursuivre les négociations tant qu'il n'aurait pas été statué sur une demande faisant suite à du maraudage. Bien que le Conseil ait reconnu que, peut-être, «une incertitude planait quant au droit du syndicat en place [. . .] de représenter les employés de l'unité de négociation» (p. 25), il était d'avis que, «sur le plan juridique, CASAW n'a jamais cessé d'être l'agent négociateur accrédité» (p. 25). À son avis, «[u]n employeur ne peut pas refuser de négocier avec un agent négociateur accrédité» en attendant l'issue d'une demande d'accréditation d'un autre agent. Il a conclu que «[p]our compréhensibles que puissent paraître les hésitations de l'employeur à cet égard, son omission de négocier pour ce motif a constitué un manquement à son obligation de négocier de bonne foi» (p. 25).

135 The Board, however, explicitly rejected the respondent Union's argument that the appellant had acted in bad faith by creating the employee association which was the subject of the raid application. It noted that the October 1993 decision of the Board (*Royal Oak Mines Inc.*, 93 di 14) that the employee association was "employer dominated" had to be understood in light of the strict criteria set out in an earlier decision from August 1993

Le Conseil a toutefois repoussé expressément l'argument du syndicat intimé selon lequel l'appelante avait agi de mauvaise foi en créant l'association d'employés qui a présenté la demande à la suite d'un maraudage. Il a fait remarquer que la décision rendue en octobre 1993 (*Royal Oak Mines Inc.*, 93 di 14) dans laquelle le Conseil a conclu que l'association d'employés était «dominée» par l'employeur devait s'interpréter à la lumière des

(92 di 153). The Board held that “[i]t cannot be stretched into a conclusion that the employer itself ‘created’ the [employee] Association, as counsel for the union has argued” (p. 25).

The second example of prior bad faith was a differentiation between those who had been at work during the strike and returning strikers in respect of a proposed probation clause. The Board concluded that the probation clause was improper, contrary to public policy and one which the appellant must have known any union could not accept. However, the Board concluded that the company had withdrawn itself from its improper position on the probation clause prior to the Board hearing.

Before turning to the matter of remedy, the Board made it clear that, on a number of prior occasions, the respondent Union had also failed to bargain in good faith by taking positions which were obviously unacceptable (at pp. 27-28):

Before we turn to the matter of remedy, we must note that the union, too, has on a number of occasions failed to bargain in good faith, although it would appear by now to have retreated from what can only be called the irrationally optimistic — and obviously unacceptable — positions it put forward from time to time. An instance of this occurred in May 1993, when the union put forward the quite unrealistic demand that the parties return to the previous collective agreement, thus seeking even more than they had sought in January of the same year. This proposal was obviously one which had no chance of acceptance, and would tend only to reinforce the company’s view that the union was not bargaining seriously.

The Board described its remedial powers for situations such as the case at bar in the following terms (at p. 28):

In a matter of this sort, the Board’s remedial powers are very broad. Section 99(2) of the Code provides that for the purposes of ensuring the fulfilment of the objectives of Part I of the Code — objectives set out in the preamble to Part I — the Board may, in respect of any contravention of or failure to comply with any provision

critères rigoureux énoncés dans une décision antérieure d’août 1993 (92 di 153). Le Conseil a conclu qu’«[o]n ne saurait en déduire, comme l’avocat du syndicat voudrait le faire, que l’employeur a lui-même «créé» l’Association» (p. 25).

Le second cas de mauvaise foi antérieure était la distinction établie dans la clause proposée sur la période probatoire entre les employés qui avaient travaillé pendant la grève et les grévistes qui reprenaient le travail. Le Conseil a conclu que cette clause ne convenait pas, qu’elle allait à l’encontre de l’intérêt public, et que l’appelante devait savoir qu’aucun syndicat ne saurait l’accepter. Cependant, il a conclu que l’entreprise avait abandonné avant l’audience sa position reprochable concernant la clause sur la période probatoire.

Avant d’aborder la question de la réparation, le Conseil a tenu à préciser que le syndicat avait également manqué à son devoir de négociateur de bonne foi à quelques reprises en adoptant des positions de toute évidence inacceptables (aux pp. 27 et 28):

Avant d’aborder la question des mesures de redressement, il nous faut signaler que le syndicat, quant à lui, a également manqué à son devoir de négociateur de bonne foi à un certain nombre d’occasions. Cependant, il aurait abandonné depuis les positions qu’on ne peut que qualifier de déraisonnablement optimistes — et de toute évidence inacceptables — qu’il avait prises à l’occasion. Par exemple, en mai 1993, le syndicat avait formulé l’exigence plutôt irréaliste d’après laquelle les parties devaient revenir à la convention collective antérieure, cherchant ainsi à obtenir plus qu’il n’avait demandé en janvier de la même année. Manifestement, cette proposition n’avait aucune possibilité d’être acceptée et ne faisait que renforcer chez l’employeur le sentiment que le syndicat ne négociait pas sérieusement.

Le Conseil a décrit dans les termes suivants, à la p. 28, les pouvoirs en matière de réparation dont il est investi dans des cas comme celui qui nous occupe:

Dans ce genre d’affaires, le Conseil dispose de pouvoirs de redressement très étendus. En effet, le paragraphe 99(2) du Code prévoit que, pour assurer la réalisation des objectifs de la Partie I du Code qui sont énoncés dans son préambule, le Conseil peut rendre, relativement à toute violation de toute disposition visée

136

137

138

to which subsection (1) applies... “require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives”.

139 According to the Board one of the consequences of failures of both parties to bargain in good faith was that no collective agreement had been reached, a consequence adverse to the fulfilment of the objectives of the Code (at p. 28):

One of the consequences of the parties' failure to comply with section 50 is that no collective agreement has been reached, where one could have been reached, and in our view would have been reached were it not for those failures, and that consequence is, in the instant case, one that is adverse to the fulfilment of the objectives of the Code.

140 In the opinion of the Board, this was a proper case for the intrusive remedy of requiring the employer to table an offer, several terms of which would be imposed by the Board. The Board noted that the “obtuse intransigence” of both parties was such that further bargaining between them would be a “cruel waste of time” (at p. 28):

In most cases where there has been a finding of failure to bargain, the Board has been careful to limit its intervention, and we agree that that should be the Board's usual stance. In the instant case, however, to issue a cease and desist order, or to direct the parties to bargain would, we consider, be unrealistic and even a cruel waste of time. These parties, both of them, have repeatedly demonstrated the degree of obtuse intransigence which led the very experienced special mediators... to state that this has been the most difficult labour dispute either of them had witnessed. The pathetic history of the parties' negotiations, and the tragic events which have attended the failure of those negotiations lead us to share the pessimism which the mediators and others have expressed.

141 The Board noted that it would normally have required the employer to present an offer similar to its last offer, after removing any illegal or improper demands. However, as no last offer could be identified in this case, the Board instead

au paragraphe (1), [. . .] «une ordonnance qu'il est juste de rendre en l'occurrence et obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs».

Selon le Conseil, l'un des effets des violations par les deux parties de l'obligation de négocier de bonne foi a été d'empêcher qu'une convention collective soit conclue, effet qui nuit à la réalisation des objectifs du Code (à la p. 28):

L'un des effets des violations par les parties de l'article 50 a été d'empêcher qu'une convention collective soit conclue alors qu'elle aurait pu l'être et qu'elle l'aurait été à notre avis, n'eût été de ces violations. En l'espèce, cet effet nuit à la réalisation des objectifs du Code.

De l'avis du Conseil, il y avait lieu en l'espèce d'intervenir et d'obliger l'employeur à déposer une offre comportant plusieurs conditions imposées par le Conseil. Celui-ci note que l'«intransigence obtuse» des deux parties a été telle que la reprise des négociations «entraînerait un cruel gaspillage de temps» (à la p. 28):

Dans la plupart des cas où il conclut à un défaut de négocier, le Conseil a tenté de limiter son intervention, et nous sommes d'avis qu'il devrait ordinairement en être ainsi. Or, dans la présente affaire, nous estimons qu'il serait irréaliste de rendre une ordonnance d'interdiction ou d'enjoindre aux parties de négocier et même que cela entraînerait un cruel gaspillage de temps. Les deux parties ont fait preuve, à répétition, d'une intransigence obtuse telle que les médiateurs spéciaux [. . .], tous deux d'une grande expérience, ont affirmé que ce conflit de travail avait été le plus difficile dont ils avaient jamais été témoins. La triste histoire des négociations entre les parties et les événements tragiques qui ont suivi l'échec de ces négociations nous amènent à partager le pessimisme exprimé par les médiateurs et par d'autres personnes.

Le Conseil a fait observer qu'en temps normal, il aurait ordonné à l'employeur de présenter une offre semblable à sa dernière offre, amputée de ses exigences illégales ou inadéquates. Toutefois, comme aucune dernière offre ne pouvait être

imposed the recommendations of the Industrial Inquiry Commission, which in the Board's opinion would satisfy the "reasonable demands" of each party (at p. 29):

In the normal course, the Board would order that the company present to the union, for ratification, an offer similar to its "last offer", from which any improper or illegal demands were removed. In the instant case, the course of negotiations does not permit the reliable identification of any complete last offer, but it is clear to us that the recommendations of the Industrial Inquiry Commissioners would satisfy, in most respects at least, the reasonable demands of either party.

The Board therefore ordered the appellant to table as its formal offer of a collective agreement the proposed agreement offered on April 18, 1992, but rejected by the union membership.

As previously stated, the Board directed that four issues on which the appellant had changed its position since April 1992 be removed from the collective agreement. These issues were transportation, statutory holidays, wages (including "Gold Scale Adjustment") and safety inspections. These issues were to remain the subject of negotiations for 30 days only and then, in the event that agreement was not reached, to be referred to mediators or arbitrators for mediation to finality within a further 20 days.

The Board also dictated the term of the agreement (three years) and the specific content of a back-to-work protocol, including the manner in which the claims of employees dismissed during the strike were to be arbitrated.

IV. Analysis

The appellant raises two objections to the decision of the Board. First it argues that the Board's finding of bad faith bargaining by the appellant is unsupported. Second it argues that the Board exceeded the remedial jurisdiction granted by s. 99(2) of the *Canada Labour Code* when it imposed

établie, il a plutôt imposé les recommandations de la commission d'enquête sur les relations du travail qui, à son avis, répondaient aux «exigences raisonnables» des deux parties (à la p. 29):

En temps normal, le Conseil ordonnerait à l'employeur de soumettre à la ratification du syndicat une offre semblable à sa «dernière offre», amputée de ses exigences inadéquates ou illégales. Dans le cas qui nous occupe, le cours des négociations ne permet de déterminer de façon satisfaisante aucune dernière offre complète; toutefois, il est clair à nos yeux que les recommandations formulées par la commission d'enquête sur les relations du travail devraient répondre, pour l'essentiel à tout le moins, aux exigences raisonnables des deux parties.

Le Conseil a donc ordonné à l'appelante de déposer à titre d'offre officielle de convention collective l'entente de principe proposée le 18 avril 1992, mais rejetée par les syndiqués. 142

Je le répète, le Conseil a ordonné que quatre points au sujet desquels l'appelante avait changé de position depuis avril 1992 soient exclus de la convention collective. Ces points concernaient le transport, les jours fériés, les salaires (y compris la question de l'ajustement sur le cours de l'or) et les inspections de sécurité. Ces questions devaient faire l'objet de négociations durant 30 jours seulement puis, si elles n'étaient pas réglées, être renvoyées à des médiateurs ou arbitres en vue d'une médiation exécutoire dans les 20 jours qui suivraient. 143

Le Conseil a également fixé la durée de la convention (trois ans) et le contenu précis du protocole de retour au travail, notamment le mode d'arbitrage des griefs des employés congédiés durant la grève. 144

IV. Analyse

L'appelante fait valoir deux objections à la décision du Conseil. Premièrement, elle prétend que la conclusion du Conseil selon laquelle elle a négocié de mauvaise foi est indéfendable. Deuxièmement, elle soutient que le Conseil a excédé la compétence que le par. 99(2) du *Code canadien du travail* lui 145

the terms of a collective agreement on the appellant.

A. Standard of Review on the Finding of Bad Faith Bargaining

146 I agree with Cory J. that the question of whether a particular party has been guilty of bad faith bargaining is a finding of fact within the particular expertise of the Board and must be upheld unless it is found to be patently unreasonable.

147 The starting point for determining the standard of review with respect to the Board's decision on any particular issue is the enabling statute.

148 Section 50(a)(i) and (ii) of the *Canada Labour Code*, taken together with ss. 98 and 99, clearly clothes the Board with the authority to determine whether or not a particular party has bargained in good faith and whether a party has made "every reasonable effort to enter into a collective agreement":

50. Where notice to bargain collectively has been given under this Part,

(a) the bargaining agent and the employer, without delay, but in any case within twenty days after the notice was given unless the parties otherwise agree, shall

(i) meet and commence, or cause authorized representatives on their behalf to meet and commence, to bargain collectively in good faith, and

(ii) make every reasonable effort to enter into a collective agreement;

99. (1) Where, under section 98, the Board determines that a party to a complaint has contravened or failed to comply with . . . section . . . 50 . . . , the Board may, by order, require the party to comply with or cease contravening that subsection or section

149 These jurisdictional grants are clear, placing findings of bad faith bargaining within the specialized jurisdiction of the Board. This conclusion is consistent with the holding of Dickson J. (as he

confère en matière de réparation en lui imposant les conditions d'une convention collective.

A. La norme de contrôle de la conclusion relative à la négociation de mauvaise foi

Je partage l'avis du juge Cory lorsqu'il dit que la question de savoir si une partie s'est rendue coupable de négociation de mauvaise foi est une question de fait qui relève de la compétence particulière du Conseil et qu'il y a lieu de confirmer sa décision, sauf si elle est tenue pour manifestement déraisonnable.

Le point de départ de l'examen visant à déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du Conseil sur un point donné est la loi habilitante.

Les sous-alinéas 50a)(i) et (ii) du *Code canadien du travail*, si on les rapproche des art. 98 et 99, investissent de toute évidence le Conseil du pouvoir de décider si une partie a négocié de bonne foi et si une partie a fait «tout effort raisonnable pour conclure une convention collective»:

50. Une fois l'avis de négociation collective donné aux termes de la présente partie, les règles suivantes s'appliquent:

a) sans retard et, en tout état de cause, dans les vingt jours qui suivent ou dans le délai éventuellement convenu par les parties, l'agent négociateur et l'employeur doivent:

(i) se rencontrer et entamer des négociations collectives de bonne foi ou charger leurs représentants autorisés de le faire en leur nom;

(ii) faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective;

99. (1) S'il décide qu'il y a eu violation des [. . .] articles [. . .] 50 [. . .], le Conseil peut, par ordonnance, enjoindre à la partie visée par la plainte de cesser de contrevenir à ces dispositions ou de s'y conformer . . .

Cette attribution de compétence est claire, de sorte que la constatation qu'il y a eu négociation de mauvaise foi relève de la compétence spécialisée du Conseil. Cette conclusion est conforme au

then was), in *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311 (the “*Digby School Board*” case), at p. 342, that “[t]he determination of the scope of the duty to bargain in good faith is within the exclusive jurisdiction of labour boards.”

In addition, as noted by Cory J., the Board is protected by a clear and strongly worded privative clause in s. 22(1) of the *Canada Labour Code*.

The Board’s decision on this issue can only be set aside if it was patently unreasonable: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, per Iacobucci J., at p. 590:

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1089 (*Bibeault*), and *Domtar Inc. v. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756.

B. *Is the Board’s Finding Patently Unreasonable?*

The Board based its decision to intervene in this case solely on the basis of its findings of bad faith by the appellant with respect to the issue of the dismissed employees. The Board characterized the appellant’s position as bad faith bargaining in two respects. First, the appellant was in bad faith by

principe énoncé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311 (l’arrêt «*Commission scolaire de Digby*»), à la p. 342: «[l]es organismes de relations de travail ont compétence exclusive pour déterminer la portée de l’obligation de négocier de bonne foi.»

De plus, comme le souligne le juge Cory, le Conseil est protégé par une clause privative claire et formelle, énoncée au par. 22(1) du *Code canadien du travail*.

La décision du Conseil sur ce point ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable: arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, le juge Iacobucci, à la p. 590:

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s’applique à l’égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n’existe aucun droit d’appel prévu par la loi. Voir les arrêts *Le syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1089 (*Bibeault*) et *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

B. *La conclusion du Conseil est-elle manifestement déraisonnable?*

Dans le cas qui nous occupe, le Conseil a fondé sa décision d’intervenir seulement sur la constatation que l’appelante avait négocié de mauvaise foi à l’égard de la question des employés congédiés. À son avis, cette position de l’appelante constituait une omission de négocier de bonne foi sous deux

150

151

152

making the resolution of the dismissal issue a precondition to further bargaining. Second, the appellant was in bad faith by taking a bargaining position with respect to the dismissed employees which was objectively unreasonable and insisting on it to the point of impasse.

153 I agree with Cory J. that the Board's decision that the employer acted in bad faith with respect to the issue of the dismissed employees cannot be characterized as patently unreasonable.

154 Section 50(a) imposes a requirement on each party to bargain in good faith and to make every reasonable effort to enter into a collective agreement. It is fundamental to the fulfilment of this requirement that a party be willing to at least discuss all of the issues in contention between the parties. By making the resolution of the grievance procedure for dismissed employees a precondition to further bargaining on any issue, the appellant was bargaining in bad faith.

155 There is also the question of whether the appellant's insistence on an objectively unreasonable position to the point of impasse constitutes bad faith bargaining.

156 In this case, the Board made no explicit finding of surface bargaining nor did it make any finding that the appellant had been bargaining with improper motives. The Board took pains to stress that the position of the appellant with respect to the dismissed employees was based on "sincerely and deeply held" beliefs which were grounded in concern for the safety of the workers. It also noted that serious arguments could be made for this position.

157 The Board did, however, conclude that the appellant's position was objectively unreasonable and that the appellant's insistence on the position to the point of impasse constituted bad faith bargaining.

aspects. Premièrement, l'appelante était de mauvaise foi quand elle a fait du règlement de la question des congédiements une condition préalable à la poursuite des négociations. Deuxièmement, l'appelante était de mauvaise foi quand elle a adopté à l'égard des employés congédiés une position de négociation objectivement déraisonnable et qu'elle l'a maintenue jusqu'à l'impasse.

Je suis d'avis, comme le juge Cory, que la conclusion du Conseil selon laquelle l'employeur n'a pas négocié de bonne foi à l'égard de la question des employés congédiés ne peut pas être qualifiée de manifestement déraisonnable.

Aux termes de l'al. 50a), chaque partie doit négocier de bonne foi et faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective. Il est fondamental, pour que cette exigence soit remplie, qu'une partie soit disposée à tout le moins à discuter de tous les points en litige entre les parties. En faisant du règlement de la question de la procédure d'arbitrage des griefs des employés congédiés une condition préalable à la poursuite des négociations sur tout autre point, l'appelante négociait de mauvaise foi.

Il faut aussi décider si, en maintenant une position objectivement déraisonnable jusqu'à l'impasse, l'appelante a négocié de mauvaise foi.

En l'espèce, le Conseil n'a pas conclu explicitement que l'appelante avait négocié en surface et n'a pas conclu non plus qu'elle avait négocié avec des motifs répréhensibles. Le Conseil a tenu à souligner que la position de l'appelante à l'égard des employés congédiés procédait d'une «conviction profonde» fondée sur le souci pour la sécurité des travailleurs. Il a également fait remarquer que des arguments sérieux pouvaient être avancés à l'appui de cette position.

Le Conseil a toutefois conclu que la position de l'appelante était objectivement déraisonnable et qu'en la maintenant jusqu'à l'impasse, elle avait négocié de mauvaise foi.

There are three considerations, which taken collectively, satisfy me that this finding of bad faith by the Board should not be interfered with on a standard of patent unreasonableness:

- (1) the position characterized as unreasonable by the Board concerned a non-monetary issue;
- (2) the appellant was insisting on the objectively unreasonable position to the point of impasse; and
- (3) this finding of bad faith is found in the context of the Board's correct finding that the appellant was in bad faith by making resolution of the issue a precondition to any further bargaining.

The Federal Court of Appeal was correct in its decision on this issue when it stated:

... quite unable to say that the Board's conclusions, reached after a full canvas of that evidence, were so patently unreasonable as to amount to an excess of jurisdiction. It is rare, indeed, that an employer will admit to bargaining in bad faith and we should be very reluctant to interfere with a finding of fact reached by a panel which, as was the case here, had acquired an intimate knowledge of the course of negotiations between the parties.

((1994), 167 N.R. 234, at p. 237.)

Since the Board chose to intervene only on its bad faith findings with respect to the grievance arbitration issue, it is not necessary to consider the other instances of bad faith by both the appellant and the Union throughout the prior history of the negotiations. The Board was right to base its intervention solely on the issue of bad faith which was still outstanding at the time of the hearing. Only where prior bad faith continues to have an ongoing effect on the collective bargaining process would the Board be justified in intervening on the basis of bad faith bargaining which is no longer taking place.

Trois considérations, prises ensemble, me convainquent qu'il n'y a pas lieu, selon la norme du caractère manifestement déraisonnable, de modifier cette conclusion du Conseil quant à la négociation de mauvaise foi:

- (1) la position qualifiée de déraisonnable par le Conseil portait sur une question non pécuniaire;
- (2) l'appelante a maintenu sa position objectivement déraisonnable jusqu'à l'impasse;
- (3) cette constatation de mauvaise foi s'inscrit dans le contexte de la conclusion bien fondée du Conseil selon laquelle l'appelante était de mauvaise foi en faisant du règlement de la question une condition préalable à toute négociation.

La Cour d'appel fédérale a bien décidé sur ce point lorsqu'elle a dit:

... nous ne pouvons vraiment dire que les conclusions qu'il a tirées après avoir fait un examen complet de cette preuve étaient manifestement déraisonnables au point de constituer un exercice abusif de sa compétence. En fait, il est rare qu'un employeur admettra avoir négocié de mauvaise foi et nous devrions hésiter à modifier une conclusion de fait tirée par un groupe de personnes qui, comme c'est le cas en l'espèce, étaient bien au courant de l'évolution des négociations entre les parties.

((1994), 167 N.R. 234, à la p. 237.)

Puisque le Conseil a choisi de n'intervenir qu'à l'égard de sa constatation qu'il y a eu négociation de mauvaise foi sur l'arbitrage des griefs, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres occasions où l'appelante et le syndicat ont fait preuve de mauvaise foi tout au long des négociations. Le Conseil a eu raison de fonder son intervention seulement sur les cas de mauvaise foi qui existaient encore au moment de l'audience. C'est uniquement lorsque la mauvaise foi manifestée antérieurement continue d'avoir des effets sur le processus de négociation collective que le Conseil peut légitimement intervenir au sujet de la négociation de mauvaise foi qui a cessé.

158

159

160

C. *The Standard of Review of the Board's Remedial Jurisdiction*

161 The next question is whether the remedy granted by the Board was within its jurisdiction. To do so, the Court must determine whether fashioning the remedy it did was a matter of jurisdiction, or the exercise of powers within the Board's statutory authority.

162 If fashioning the remedy was the exercise of powers that are within the Board's authority, then the Board is entitled to deference in the exercise of that function owing in part to the strong privative clause contained in s. 22 of the *Canada Labour Code* and the Board's decision can only be interfered with if it is patently unreasonable.

163 However, if fashioning the remedy is a question of jurisdiction, the Board must be correct that it has the jurisdiction to grant the remedy.

164 Previous decisions of this Court make it clear that, in interpreting a grant of jurisdiction in a tribunal's enabling statute, the tribunal is not entitled to the deference of the Court. A tribunal must be correct in order for its interpretation of a jurisdictional grant to be upheld: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. According to the Court in *Bibeault* at p. 1086, where the question before an administrative tribunal "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". (Emphasis added.)

165 This point was recently affirmed in *Pezim*, *supra*, where Iacobucci J. held at p. 590:

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but

C. *La norme de contrôle de la compétence du Conseil en matière de réparation*

Il faut décider ensuite si la réparation accordée par le Conseil était dans les limites de sa compétence. Pour ce faire, la Cour doit déterminer si la formulation de la réparation qu'a faite le Conseil était une question de compétence ou un exercice des pouvoirs que la loi lui attribue en la matière.

Si, en formulant la réparation, le Conseil a exercé les pouvoirs dont il est investi, il a droit, étant donné notamment la clause privative catégorique de l'art. 22 du *Code canadien du travail*, à ce que les cours de justice fassent preuve de retenue à l'égard de l'exercice de ses attributions et sa décision ne peut être modifiée que si elle est manifestement déraisonnable.

Toutefois, si la formulation de la réparation est une question de compétence, le Conseil ne doit pas commettre d'erreur en déterminant qu'il a compétence pour l'accorder.

Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour qu'elle n'a pas à déférer à l'interprétation que le tribunal administratif donne d'une disposition attributive de compétence de sa loi habilitante. Le tribunal administratif doit ne pas avoir commis d'erreur pour que son interprétation d'une disposition attributive de compétence soit confirmée: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Dans cet arrêt, à la p. 1086, notre Cour dit que si la question dont le tribunal administratif est saisi «porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire». (Je souligne.)

Cette conclusion a été confirmée récemment dans l'arrêt *Pezim*, précité, où le juge Iacobucci écrit, à la p. 590:

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judi-

also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error)

Although it is clear that an error in interpreting a jurisdictional clause will subject the board in question to review before the courts on a correctness standard, it is not always easy to determine which legislative provisions should be characterized as grants of jurisdiction.

This Court has consistently cautioned against too easily characterizing a statutory provision as jurisdictional: see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233. As pointed out in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at p. 181:

. . . when dealing with a tribunal as specialized as the Canada Labour Relations Board, inherent in whose functioning is the need to resolve disputes quickly and with finality, courts should be reluctant to characterize a provision as jurisdictional unless it is clear that it should be so labelled

I agree that the Court should maintain its traditional reluctance to characterize provisions as "jurisdictional" in nature. Nevertheless, the question of whether the Board is empowered to grant a particular form of remedy is a question of jurisdiction.

In determining whether it had the jurisdiction to issue the order in question in this appeal, the Board relied on s. 99(2) of the Code which provides:

ciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise . . .

À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) . . .

166 Quoique de toute évidence une erreur dans l'interprétation d'une disposition attributive de compétence autorise les cours de justice à apprécier la décision du tribunal administratif selon la norme de la décision correcte, il n'est pas toujours facile de déterminer quelles dispositions législatives doivent être qualifiées d'attributives de compétence.

167 Notre Cour a dit de façon constante qu'il fallait prendre garde de ne pas qualifier trop facilement une disposition législative d'attributive de compétence: voir l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 233. Comme il est souligné dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, à la p. 181:

. . . dans le cas d'un tribunal aussi spécialisé que le Conseil canadien des relations du travail, dont le bon fonctionnement requiert un règlement rapide et final des différends, les cours de justice devraient hésiter à qualifier une disposition d'attributive de compétence, à moins que cette qualification ne s'impose clairement . . .

168 Je conviens que notre Cour devrait maintenir son hésitation traditionnelle à qualifier des dispositions d'«attributives de compétence». Néanmoins, la question de savoir si le Conseil est habilité à accorder une réparation en particulier est une question de compétence.

169 Pour décider s'il avait compétence pour rendre l'ordonnance en cause dans le présent pourvoi, le Conseil s'est appuyé sur le par. 99(2) du Code, qui est ainsi libellé:

99. . . .

(2) For the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any contravention . . . to which subsection (1) applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under that subsection, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

99. . . .

(2) Afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente partie, le Conseil peut rendre, en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1), une ordonnance qu'il est juste de rendre en l'occurrence et obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs.

170 It is clear that s. 99(2) is a jurisdiction granting section. It is the sole source of the Board's authority to order remedies beyond the simple "compliance orders" provided for in s. 99(1). Section 99(2) authorizes the Board to make "equitable" orders to remedy the consequences of breaches of the Code. Section 99(2) grants the Board jurisdiction to make orders that it would otherwise lack the power to make. It follows that s. 99(2) is a jurisdiction granting clause.

De toute évidence, le par. 99(2) est une disposition attributive de compétence. Il est la seule source du pouvoir du Conseil d'imposer des réparations autres que la simple ordonnance enjoignant à une partie de se conformer à la loi, qui est prévue au par. 99(1). Le paragraphe 99(2) autorise le Conseil à rendre les ordonnances qu'il estime «juste» de rendre pour remédier aux effets des violations du Code. Il lui confère la compétence pour rendre des ordonnances que, normalement, il ne serait pas habilité à rendre. Il s'ensuit qu'il s'agit d'une disposition attributive de compétence.

171 The jurisdictional nature of s. 99(2) was at least implicitly recognized in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269.

La nature juridictionnelle du par. 99(2) a été au moins implicitement reconnue dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269.

172 In *National Bank*, the Board had issued an order requiring the National Bank of Canada to pay \$48,000 per annum to the union. The question on appeal was whether the Board had jurisdiction under s. 99(2) to impose this form of remedy.

Dans cette affaire, le Conseil avait rendu une ordonnance obligeant la Banque Nationale du Canada à verser 48 000 \$ par année au syndicat. Le pourvoi portait sur la question de savoir si le par. 99(2) conférait au Conseil la compétence pour imposer ce type de réparation.

173 Chouinard J., writing for a unanimous Court, noted that "[t]he caution which the courts must exercise whenever the jurisdiction of an administrative tribunal is questioned has been repeatedly emphasized" (p. 288). He also referred to the case law which notes that courts must be cautious before determining that a section is a jurisdiction granting clause. However, he concluded (at p. 288):

Au nom de notre Cour, statuant à l'unanimité, le juge Chouinard a fait remarquer que «[l]a prudence dont doivent faire preuve les tribunaux lorsqu'est mise en cause la compétence d'un tribunal administratif a été maintes fois soulignée» (p. 288). Il s'est également reporté à la jurisprudence qui signale que les tribunaux doivent se garder de déterminer à la légère qu'une disposition est attributive de compétence. Toutefois, il a conclu en ces termes, à la p. 288:

The fact remains that a remedy ordered pursuant to s. 189 [now s. 99(2)] must be one authorized by that section.

It would appear, on a fair reading, that *National Bank* stands as authority for the proposition that s. 99(2) is a jurisdiction granting clause which must be interpreted according to a correctness standard.

This conclusion is supported by the application of the “pragmatic and functional” approach advocated in *Bibeault*. The purpose of the statute and the reasons for the tribunal’s existence are two of the key considerations for the reviewing court under the *Bibeault* test for determining whether a section is jurisdictional. Therefore, a section which restricts remedies to the objects of the Act is jurisdiction granting in the interpretation of those objects. Section 99(2) specifically restricts remedies to those which “ensur[e] the fulfilment of the objectives” of the Code.

With respect, I cannot agree with the conclusion of Cory J. that the only jurisdictional question which the Board faces is whether or not it may impose remedies on the party. The Board must also answer the question of whether it lies within the jurisdiction of the Board to grant the particular remedy or remedies which the Board intends to impose. Obviously, the Board cannot impose a remedy which it lacks the jurisdiction to impose and therefore its decision as to whether it has the jurisdiction to impose a specific remedy must be correct.

Conversely, where the Board has correctly identified a range of remedies which lie within its jurisdiction to grant, the Board’s determination of which of those remedies to impose on a specific party lies within the special role granted to it by statute. The Board’s decision to grant one remedy in preference to another is therefore a question

Il n’en reste pas moins qu’un remède ordonné en vertu de l’art. 189 [maintenant le par. 99(2)] doit en être un autorisé par cet article.

Si l’on s’en tient aux termes mêmes de l’arrêt *Banque Nationale*, il semblerait qu’il constitue l’arrêt de principe qui permet d’affirmer que le par. 99(2) est une disposition attributive de compétence qu’il faut interpréter selon la norme de la décision correcte.

Cette conclusion est corroborée par l’application de l’«analyse pragmatique et fonctionnelle» préconisée dans l’arrêt *Bibeault*. L’objet de la loi et la raison d’être de ce tribunal sont deux des facteurs clefs dont la cour chargée du contrôle en vertu du critère de l’arrêt *Bibeault* doit tenir compte pour déterminer si une disposition est attributive de compétence. Par conséquent, une disposition qui limite les réparations à la réalisation des objectifs de la loi est attributive de compétence quant à l’interprétation de ces objectifs. Le paragraphe 99(2) restreint expressément les réparations à celles qui permettent «d’assurer la réalisation des objectifs» du Code.

Je me trouve malheureusement dans l’obligation d’exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge Cory selon laquelle la seule question de compétence que le Conseil est appelé à trancher est de savoir s’il peut imposer une réparation à une partie. Le Conseil doit aussi trancher la question de savoir s’il a compétence pour accorder la réparation précise qu’il entend imposer. De toute évidence, il ne peut pas imposer une réparation qu’il n’a pas la compétence d’accorder et, par conséquent, sa décision sur la question de savoir s’il a compétence pour imposer telle ou telle réparation doit être correcte.

À l’inverse, si le Conseil a correctement circonscrit un éventail de réparations qui entrent dans son champ de compétence, la décision quant à la réparation précise qu’il convient d’imposer à une partie donnée relève du rôle spécial dont il est investi par la loi. La décision du Conseil d’accorder une réparation, de préférence à une autre, ne

174

175

176

177

which can only be reviewed on the deferential standard of patent unreasonableness.

D. Did the Remedy Lie Within the Jurisdiction of the Board?

178 The question remaining in this appeal is whether the order of the Board was within the jurisdiction granted to it under s. 99(2). To determine that, it is necessary to consider what the true effect of the Board's order was.

179 The appellant's submission is that the Board "imposed a collective agreement" upon the parties, and therefore exceeded its remedial jurisdiction. The respondents, by contrast, claim that the Board did not impose a collective agreement upon the parties, but merely placed the parties into the positions they would have occupied had the employer's "bad faith bargaining" never occurred.

180 It will be recalled that the Board's order required the appellant to "table as its formal offer of a collective agreement . . . the tentative agreement dated April 18, 1992, save and except as it may be amended hereunder" (p. 30). The "amendments" imposed by the Board included the following:

(1) Issues related to transportation, statutory holidays, wages and safety inspections were referred to the parties for further negotiations. If an agreement could not be reached within 30 days, the issues would be subject to binding arbitration.

(2) The term of the collective agreement was set at three years from the date of ratification. The order further provided for binding arbitration for further collective agreements "as an alternative to a strike or lockout".

(3) Dismissed employees, including those dismissed for participation in illegal strike activities, were given the right to have their cases

peut donc être contrôlée qu'en faisant preuve de retenue et selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

D. La réparation relevait-elle de la compétence du Conseil?

La dernière question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si l'ordonnance que le Conseil a rendue relève de la compétence que lui attribue le par. 99(2). Pour répondre à cette question, il est nécessaire de considérer l'effet réel de l'ordonnance.

L'appelante fait valoir que le Conseil [TRADUCTION] «a imposé une convention collective» aux parties et que, par conséquent, il a excédé sa compétence en matière de réparation. Par contre, les intimés soutiennent que le Conseil n'a pas imposé de convention collective aux parties, mais a simplement remplacé celles-ci dans la situation où elles auraient été si l'employeur n'avait pas [TRADUCTION] «négocié de mauvaise foi».

On se souviendra que l'ordonnance du Conseil obligeait l'appelante à «déposer à titre d'offre officielle de convention collective [. . .] l'entente de principe datée du 18 avril 1992, exception faite des modifications éventuelles indiquées ci-après» (p. 30). Les «modifications» imposées par le Conseil comprenaient notamment ce qui suit:

(1) Les questions relatives au transport, aux jours fériés, aux salaires et aux inspections de sécurité étaient renvoyées aux parties pour qu'elles en négocient le règlement. Si elles n'y étaient pas parvenues dans les 30 jours, ces questions devaient faire l'objet d'un arbitrage exécutoire.

(2) La durée de la convention collective était fixée à trois ans à compter de la date de ratification. L'ordonnance prévoyait aussi l'arbitrage exécutoire à l'égard des futures conventions collectives «en tant que solution de rechange à la grève ou au lock-out».

(3) Les employés congédiés, y compris ceux qui avaient été congédiés pour leur participation à des activités illégales dans le cadre de la grève,

heard by mediators “for review and binding determination”.

There were also a number of less significant amendments dealing with such minutiae as the parties dropping lawsuits against each other, the date of return to work and the manner in which the mediators’ fees were to be paid. If the Union failed to accept the new collective agreement, the parties were directed to then bargain in good faith.

In my view, it would be difficult to characterize this order as anything other than the imposition of a collective agreement upon the employer. The order technically requires the employer merely to “table an offer”. However, as noted by the Board, the “offer” contained in the order closely parallels the Industrial Inquiry Commission recommendations endorsed by the union membership. Quite clearly the order does not only require the appellant to table an offer but also sets out in detail many of the specific terms that the offer must contain.

In deciding that the order is not the imposition of a collective agreement, Cory J. relies in part on the fact that the Union is given a chance to ratify or reject this offer made by the employer. This position fails as it does not matter whether the Union was prepared to ratify the offer or not, the fact is that the order forces the appellant, as the employer, to accept the terms of the collective agreement fashioned by the Board.

Counsel for the Board has urged that the primary difference between the “imposed collective agreement” and the initial tentative offer concerns the concessions regarding dismissed employees. According to the Board and the Union, the offer represents the collective agreement that the parties would have reached but for the “bad faith” position of the employer regarding the dismissed employees.

avaient le droit de soumettre leur cas à l’examen des médiateurs, «dont la décision sera[it] exécutoire».

En outre, plusieurs autres modifications moins importantes concernaient de menus détails tels que l’abandon des poursuites engagées par chacune des parties contre l’autre, la date du rappel au travail et les modalités de paiement des honoraires des médiateurs. Si le syndicat n’acceptait pas la nouvelle convention collective, les parties devaient se rencontrer et négocier de bonne foi.

À mon avis, il serait difficile de qualifier cette ordonnance d’autre chose que d’imposition d’une convention collective à l’employeur. Sur le plan de la pure forme, elle oblige simplement l’employeur à «déposer une offre». Toutefois, comme le note le Conseil, l’«offre» contenue dans l’ordonnance reprend pour l’essentiel les recommandations de la commission d’enquête sur les relations du travail que les syndiqués avaient acceptées. Il est absolument évident que l’ordonnance non seulement oblige l’appelante à déposer une offre, mais énonce en détail nombre des conditions précises que l’offre doit contenir.

Pour décider que l’ordonnance ne constituait pas l’imposition d’une convention collective, le juge Cory s’appuie en partie sur le fait que le syndicat a la possibilité de ratifier ou de rejeter l’offre faite par l’employeur. Cette position ne tient pas, car il importe peu que le syndicat soit prêt ou non à ratifier l’offre; le fait est que l’ordonnance force l’appelante, en tant qu’employeur, à accepter les conditions de la convention collective fixées par le Conseil.

L’avocat du Conseil a fait valoir que la différence primordiale entre la «convention collective imposée» et l’entente de principe initiale porte sur les concessions touchant les employés congédiés. D’après le Conseil et le syndicat, l’offre représente la convention collective que les parties auraient conclue, n’eût été la «mauvaise foi» dont a fait preuve l’employeur au sujet des employés congédiés.

181

182

183

184

185 In my view, the inclusion of clauses unrelated to the alleged “bad faith” forces one to the conclusion that the order of the Board constitutes the imposition of a full collective agreement. In particular, the four significant monetary issues which were subjected to binding mediation (transportation, statutory holidays, wages and safety inspections) did not call for the Board’s intervention. Nor did issues regarding the seniority of employees, mediators’ fees and the length of the agreement (for example) relate to the finding of bad faith in relation to arbitration of the claims of dismissed employees.

186 Given my conclusion that the Board was required to be “correct” in interpreting the scope of its remedial jurisdiction, it must be determined whether the Board’s decision met that test.

187 With respect, I think the interpretation of s. 99(2) adopted by the Board is incorrect. I arrive at this conclusion on an examination of the language of s. 99(2), the object and purpose of the Code, the application of the test in *National Bank* and the decision of this Court in the *Digby School Board* case, *supra*.

188 In assessing the Board’s interpretation of s. 99(2), the place to begin is the language of the section. Section 99(2) provides as follows:

99. . . .

(2) For the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any contravention . . . to which subsection (1) applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under that subsection, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

189 The wording of s. 99(2) clearly imposes at least two limitations on the remedies which can be granted under the authority of this section:

À mon avis, force est de conclure qu’en insérant dans son ordonnance des clauses qui n’avaient aucun rapport avec la «mauvaise foi» alléguée, le Conseil a imposé à l’employeur une convention collective complète. En particulier, les quatre importants points d’ordre pécuniaire qui devaient faire l’objet de la médiation exécutoire (transport, jours fériés, salaires et inspections de sécurité) n’exigeaient pas l’intervention du Conseil. Les points concernant l’ancienneté des employés, les honoraires des médiateurs et la durée de la convention (par exemple) ne se rapportaient pas non plus à la conclusion de mauvaise foi quant à l’arbitrage des litiges relatifs au congédiement des employés.

Étant donné que j’ai déjà conclu que le Conseil était tenu d’interpréter correctement l’étendue de sa compétence en matière de réparation, il me reste à décider si cette décision respecte ce critère.

En toute déférence, je crois que l’interprétation que le Conseil a donnée au par. 99(2) est erronée. J’arrive à cette conclusion après avoir examiné le libellé du par. 99(2), l’objet du Code, l’application du critère de l’arrêt *Banque Nationale* et l’arrêt de notre Cour *Commission scolaire de Digby*, précité.

Pour évaluer l’interprétation que le Conseil a donnée au par. 99(2), il faut d’abord étudier les termes de cette disposition:

99. . . .

(2) Afin d’assurer la réalisation des objectifs de la présente partie, le Conseil peut rendre, en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1), une ordonnance qu’il est juste de rendre en l’occurrence et obligeant l’employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs.

Ce libellé impose de toute évidence au moins deux limitations aux réparations qui peuvent être accordées en vertu de ce paragraphe:

- (1) there must be at least a rational connection between the breach of the Code, a consequence which is adverse to the fulfilment of the objectives of the Code, and the remedy.
- (2) the remedy must ensure the fulfilment of the objectives of the Code.

The first limitation was considered by this Court in *National Bank, supra*.

In *National Bank*, the Board had issued an order requiring the National Bank of Canada to pay \$48,000 per annum to the union. The Court held that the requirement that the employer contribute to a fund to promote the objects of the Act was found to be outside the jurisdiction granted by the section because there was an insufficient nexus between the Bank's decision to close a unionized branch and merge it with a non-unionized branch and the establishment of the fund.

In *National Bank*, Chouinard J. stated at p. 288 that, "it is essential for there to be a relation between the unfair practice, its consequences and the remedy". Thus one test for determining whether a particular remedy falls within the jurisdiction granted by the section is, at a minimum, whether "a relationship can be seen between the act alleged, its consequences and the thing ordered as a means of remedying it" (p. 291).

The remedy imposed by the Board in *National Bank* did not meet the minimal standard of having "a relationship" to the breach of the Code and the consequences of that breach. This case raises the question of how close a nexus there must be between the breach, the consequences and the remedy. It also involves the specific statutory requirement that the consequences which the Board seeks to remedy must be "adverse to the fulfilment of [the] objectives" of the Code.

The second requirement also flows from the language of s. 99(2). According to that section, any remedy issued by the Board must be made "in order to remedy or counteract any consequence of

- (1) il doit y avoir au moins un lien rationnel entre la violation du Code, un effet qui est néfaste à la réalisation des objectifs du Code, et une réparation.
- (2) la réparation doit assurer la réalisation des objectifs du Code.

La première limitation a été étudiée par notre Cour dans l'arrêt *Banque Nationale*, précité.

Dans cette affaire, le Conseil avait rendu une ordonnance obligeant la Banque Nationale du Canada à verser 48 000 \$ par année au syndicat. La Cour a décidé que la disposition en cause ne conférait pas la compétence d'obliger l'employeur à constituer un fonds destiné à promouvoir les objectifs du Code, parce qu'il n'y avait pas de rapport suffisant entre la constitution du fonds et la décision de la Banque de fermer une succursale syndiquée et de la fusionner avec une succursale non syndiquée.

Le juge Chouinard dit, à la p. 288, qu'«il est essentiel qu'il existe un rapport entre la pratique déloyale, ses conséquences et le remède». Ainsi, un critère pour déterminer si une réparation relève de la compétence attribuée par cette disposition est au minimum de se demander si «l'on peut constater le rapport entre l'acte reproché, ses conséquences et la chose qu'il est ordonné de faire pour y remédier» (p. 291).

La réparation imposée par le Conseil dans l'arrêt *Banque Nationale* ne satisfaisait pas à la norme minimale du «lien» avec la violation du Code et avec les conséquences de cette violation. Le présent pourvoi soulève la question de la nature du lien qui doit exister entre la violation, les conséquences et la réparation. Il porte aussi sur la prescription de la loi selon laquelle les conséquences auxquelles le Conseil cherche à remédier doivent être «néfastes à la réalisation [des] objectifs» du Code.

La seconde limitation découle aussi du libellé du par. 99(2). Aux termes de celui-ci, toute ordonnance rendue par le Conseil doit être «de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation

190

191

192

193

194

the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment” of the objectives of the Code. As a result, a pre-condition for any exercise of the Board’s remedial power is that the remedy must pursue the objects of the Code. In my opinion, the order of the Board fails to meet either of the requirements set out above.

195 The objectives of the *Canada Labour Code* are clearly stated in the preamble to Part I which provides as follows:

WHEREAS there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes;

AND WHEREAS Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations;

AND WHEREAS the Parliament of Canada desires to continue and extend its support to labour and management in their cooperative efforts to develop good relations and constructive collective bargaining practices, and deems the development of good industrial relations to be in the best interests of Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all; [Emphasis added.]

196 It is obvious from these provisions that the fundamental purpose of the Code is the constructive settlement of labour disputes by the parties to the dispute through the medium of “free collective bargaining”. Although other important objectives such as “the common well-being” and “good industrial relations” are also mentioned in the preamble, these are only to be achieved by the promotion of free collective bargaining.

197 The Board has previously recognized the fundamental importance of free collective bargaining in several of its decisions, for example, in *British Columbia Telephone Co.* (1977), 24 di 164. It addressed the question of whether or not the Board

néfastes à la réalisation» des objectifs du Code. En conséquence, une condition préalable de tout exercice par le Conseil de son pouvoir en matière de réparation est que la réparation vise à réaliser les objectifs du Code. À mon avis, l’ordonnance du Conseil ne remplit aucune des deux conditions susmentionnées.

Les objectifs du *Code canadien du travail* sont clairement énoncés dans le préambule de la partie I, qui dispose:

Attendu:

qu’il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l’encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations du travail fructueuses permettant d’établir de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs;

que le Parlement du Canada désire continuer et accentuer son appui aux efforts conjugués des travailleurs et du patronat pour établir de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends, et qu’il estime que l’établissement de bonnes relations du travail sert l’intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès . . . [Je souligne.]

Il ressort de toute évidence de ces dispositions que l’objet fondamental du Code est le règlement positif des différends grâce «aux libres négociations collectives» entre les parties. Certes, d’autres objectifs importants, tels que le «bien-être de tous» et de «bonnes relations du travail» sont aussi énumérés dans le préambule, mais ils ne doivent être réalisés que par l’encouragement de la pratique de négociations collectives libres.

Le Conseil a reconnu à maintes reprises dans le passé l’importance fondamentale de négociations collectives libres, notamment dans l’affaire *British Columbia Telephone Co.* (1977), 24 di 164. Il a examiné la question de savoir s’il devait imposer

should impose terms of a collective agreement upon an employer, and arrived at the following conclusion (at p. 180):

It is a fundamental purpose of Part V of the Code that "*free collective bargaining*" be encouraged "*as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations*" (Preamble). It is self-evident that such an intrusion by the Board into the arena of collective bargaining runs counter to this purpose. By so acting we would be engaged in an undisguised act of compulsory interest arbitration, a method of dispute resolution not authorized in any of the provisions of the Code. [Italics in original; underlining added.]

The courts have affirmed the principle that a labour relations board cannot engage in compulsory interest arbitration by imposing the terms of a collective agreement.

The leading case in this respect is the decision of the Ontario Divisional Court, *per* Cory J. (as he then was), in *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197.

In the *Tandy* case, the Ontario Labour Relations Board dealt with a union complaint that the employer Tandy was not bargaining in good faith because of the position it had taken on a voluntary union dues check-off scheme which was allegedly undermining the status of the union.

The board found for the union and ordered the employer to table a collective agreement satisfactory to the employer. The board also required the employer to cease and desist from the one unreasonable demand it was making which the board found to be a failure to bargain in good faith.

Cory J. stated the following (at pp. 213-14):

Section 14 of the Act imposes an obligation upon the union and the company that they

les conditions d'une convention collective à un employeur et a tiré la conclusion suivante, à la p. 180:

Un des objectifs fondamentaux de la Partie V du Code est d'encourager «*la pratique des libres négociations collectives*» comme un des «*fondement[s] des relations industrielles fructueuses permettant d'établir [de bonnes conditions] de travail [et de saines relations entre travailleurs et employeurs]*» (Préambule). Il est évident qu'une telle intrusion du Conseil dans les négociations collectives va à l'encontre de cet objectif. Un tel geste équivaudrait manifestement à l'arbitrage obligatoire dans un conflit d'intérêts, ce qui constituerait une méthode de règlement des différends qu'aucune disposition du Code n'autorise. [En italique dans l'original; je souligne.]

Les cours de justice ont réaffirmé le principe qu'un conseil des relations du travail ne peut pas entreprendre l'arbitrage obligatoire de différends en imposant les conditions d'une convention collective. 198

La décision de principe sur ce point est l'affaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario rendue par le juge Cory (maintenant juge à notre Cour) dans *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197. 199

Dans cette affaire, la Commission des relations de travail de l'Ontario devait statuer sur une plainte du syndicat faisant valoir que l'employeur Tandy ne négociait pas de bonne foi parce qu'il avait pris, au sujet d'une disposition de retenue volontaire des cotisations, une position qui nuisait au statut du syndicat. 200

La Commission a donné gain de cause au syndicat et ordonné à l'employeur de déposer une convention collective que lui-même jugeait satisfaisante. La Commission a également ordonné à l'employeur de retirer la seule proposition déraisonnable qu'il avait présentée qui, selon elle, constituait une omission de négocier de bonne foi. 201

Le juge Cory dit ce qui suit, aux pp. 213 et 214: 202

[TRADUCTION] L'article 14 de la Loi impose au syndicat et à la compagnie l'obligation de

14. . . shall bargain in good faith and make every reasonable effort to make a collective agreement.

It is apparent that the duty to bargain in good faith is imperative but that there is no obligation to reach agreement. There can be no doubt that the Board cannot impose a collective bargaining agreement upon parties and should not, in the usual course of events, impose a term of a collective agreement upon the parties. [Emphasis added.]

203 In my view, the order of the Ontario Labour Relations Board in *Tandy* is a model which could have been followed in this case. The holding in *Tandy* has subsequently been affirmed by this Court in the *Digby School Board* case.

204 The *Digby School Board* case involved a long-standing and bitter labour dispute which was referred to the Nova Scotia Labour Relations Board following a complaint that the respondent School Board had failed to make every reasonable effort to conclude and sign a collective agreement as required by ss. 33 and 34 of the Nova Scotia *Trade Union Act*. The board held that the School Board had failed to bargain in good faith and ordered that the parties submit proposals and responses by specified dates and set minimum requirements as to the content of these proposals and responses.

205 The majority reasons of Laskin C.J. held that the board had no authority to specify the contents of the proposals submitted by the parties. However, even the broader jurisdiction favoured by Dickson J. in dissent is not sufficient to cover the order made by the board in this case.

206 In *Digby School Board*, as in this case, the result turns on the interpretation of a provision of the statute. That case involved ss. 33 and 34 of the *Trade Union Act* of Nova Scotia. Section 33 of that Act was almost identical to the provisions of s. 50 of the Code applicable here. The section required parties to bargain in good faith and make every

14. . . négocier de bonne foi et de s'efforcer, dans la mesure du possible, de conclure une convention collective.

De toute évidence, l'obligation de négocier de bonne foi est impérieuse, mais il n'y a aucune obligation de conclure une convention. Il est certain que la Commission ne peut pas imposer aux parties une convention collective et qu'elle ne doit pas normalement imposer aux parties une condition d'une convention collective. [Je souligne.]

À mon avis, l'ordonnance de la Commission des relations de travail de l'Ontario dans *Tandy* est un modèle qui aurait pu être suivi en l'espèce. La conclusion tirée dans l'affaire *Tandy* a été confirmée par la suite dans l'arrêt de notre Cour *Commission scolaire de Digby*.

L'affaire *Commission scolaire de Digby* concernait un conflit de travail long et acharné qui avait été soumis au Conseil des relations du travail de la Nouvelle-Écosse à la suite d'une plainte portant que la commission scolaire intimée ne s'était pas efforcée, dans la mesure du possible, de conclure et de signer une convention collective comme l'exigeaient les art. 33 et 34 de la *Trade Union Act* de la Nouvelle-Écosse. Le conseil a conclu que la commission scolaire n'avait pas négocié de bonne foi, a ordonné aux parties de soumettre des propositions et des réponses dans des délais précis et a fixé des exigences minimales quant au contenu des propositions et des réponses.

Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, le juge en chef Laskin a conclu que le conseil n'avait pas compétence pour préciser le contenu des propositions soumises par les parties. Toutefois, même la compétence élargie que préconise le juge Dickson, dissident, n'est pas suffisante pour que soit autorisée l'ordonnance rendue par le conseil en l'espèce.

Dans le présent pourvoi, comme c'était le cas dans le pourvoi *Commission scolaire de Digby*, le résultat est lié à l'interprétation d'une disposition de la loi. Cette affaire portait sur les art. 33 et 34 de la *Trade Union Act* de la Nouvelle-Écosse. L'article 33 de cette loi était presque identique aux dispositions de l'art. 50 du Code applicable dans la

effort to reach a collective agreement. Section 34(2) granted the board the power to grant remedies for the breach of s. 33.

Section 34(2) is analogous to s. 99(2) in the present case:

34. . . .

(2) . . . the Board shall inquire into the complaint and may dismiss the complaint or may make an order requiring any party to the collective bargaining to do the things that in the opinion of the Board are necessary to secure compliance with Section 33

Although s. 99(2) is worded more expansively than s. 34(2), the differences in wording are not sufficiently broad to make the principles set out in the *Digby School Board* case inapplicable here.

Laskin C.J. for the majority referred to the *Tandy* case, and made the following comments (at pp. 324-25):

What is common to the decision of the Ontario Labour Relations Board in the *Tandy* case and that of the Nova Scotia Labour Relations Board in this case are findings in each case that the employer did not bargain in good faith to reach a collective agreement. Though that results in a breach of the relevant legislation in each case it does not give power to impose a collective agreement. In the *Tandy* case the Ontario Divisional Court was concerned with an order of the Ontario Board directing the employer to cease and desist from the bargaining position it had taken with respect to a union dues check-off clause. This order was upheld by the Court because the Board had specifically found that the employer's position was aimed at fostering the demise of the Union and constituted one of the significant elements of bad faith in its bargaining conduct. In the instant case, Nova Scotia Board was not content to order the employer to cease and desist from pressing its position on a particular term. Its order required the employer to propose terms the content of which was fixed by the Board itself.

The Court in the *Tandy* case stated plainly that there was no statutory power to impose or direct the terms of

présente instance. Il obligeait les parties à négocier de bonne foi et à faire tout effort pour conclure une convention collective. Le paragraphe 34(2) conférerait au Conseil le pouvoir d'accorder une réparation en cas de violation de l'art. 33.

Le paragraphe 34(2) est analogue au par. 99(2) qui s'applique dans le présent pourvoi:

[TRADUCTION] 34. . . .

(2) . . . le Conseil doit faire enquête et il peut rejeter la plainte ou rendre une ordonnance enjoignant à toute partie aux négociations collectives de faire ce qui, de l'avis du Conseil, est nécessaire pour se conformer à l'article 33

Bien que le libellé du par. 99(2) soit plus large que celui du par. 34(2), les différences de formulation ne sont pas suffisantes pour que les principes énoncés dans l'arrêt *Commission scolaire de Digby* soient inapplicables en l'espèce.

Parlant au nom de la majorité, le juge en chef Laskin se réfère à l'affaire *Tandy* et fait remarquer, aux pp. 324 et 325:

Le point commun entre la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario dans l'affaire *Tandy* et celle du Conseil des relations du travail de la Nouvelle-Écosse en l'espèce est que, dans les deux cas, on a conclu que l'employeur n'a pas négocié de bonne foi en vue de conclure une convention collective. Bien qu'il en résulte dans chaque cas une infraction à la loi pertinente, cela ne donne pas le pouvoir de prescrire une convention collective. Dans l'affaire *Tandy*, la Cour divisionnaire de l'Ontario a examiné une ordonnance de la commission ontarienne qui obligeait l'employeur à abandonner l'attitude qu'il avait adoptée dans les négociations relatives à la clause de retenue des cotisations syndicales. La cour a maintenu cette ordonnance parce que la Commission avait conclu précisément que l'attitude de l'employeur visait à provoquer la chute du syndicat et constituait un élément de mauvaise foi important dans son comportement au cours des négociations. En l'espèce, le Conseil de la Nouvelle-Écosse ne s'est pas borné à ordonner à l'employeur de cesser d'imposer sa position sur une condition précise. Son ordonnance enjoignait à l'employeur de proposer des conditions dont le contenu était prescrit par le Conseil lui-même.

Dans l'affaire *Tandy*, la cour a dit clairement que la loi n'accordait pas le pouvoir d'imposer ou de prescrire

207

208

209

a collective agreement. That is so here. [Emphasis added.]

210

Dickson J. dissented and interpreted the jurisdiction of the board somewhat more broadly. However, he also held, at p. 344, that the board could not impose the terms of a collective agreement on the parties:

I accept the general proposition that it is not open to the Board under s. 34(2) to impose a collective agreement on the parties. The Board is not entitled to engage in interest arbitration. The Board cannot order a party to make a proposal simply because it thinks that would be a fair settlement of the dispute. Section 33(a) does not impose an obligation to reach any collective agreement; a fortiori, it does not impose an obligation to reach a collective agreement on what objectively might be considered to be fair terms.

That does not mean, however, that the Board is precluded from making orders which specifically relate to the content of the proposals. Once it is assumed, as I have said it must be, that the content of the proposals can form the basis for a finding of a breach of the duty to bargain in good faith, it should follow that the remedy can make reference to the content of proposals in order to 'secure compliance' with s. 33(a). [Emphasis added.]

211

The difference between Laskin C.J. and Dickson J. in *Digby School Board* is a narrow one. Laskin C.J. assumed without deciding that *Tandy* was rightly decided but holds that the *ratio* in *Tandy* is not sufficient to allow the imposition of terms in a collective agreement on a broad scale. Dickson J. explicitly held that *Tandy* was rightly decided and on that basis held that a board can impose specific terms, but only where there is a direct connection between the term imposed and the breach of the duty to bargain in good faith.

212

In my view, *Digby School Board* is on all fours with this case. This Court should not interfere with either the *ratio* of that case or the more liberal holding of Dickson J. that a finding of failure to bargain in good faith does not allow the imposition

les conditions d'une convention collective. C'est le cas en l'espèce. [Je souligne.]

Le juge Dickson, dissident, a interprété la compétence du conseil de manière un peu plus large. Toutefois, il a conclu lui aussi, à la p. 344, que le conseil ne pouvait pas imposer aux parties les conditions d'une convention collective:

J'accepte le principe général que le Conseil ne peut en vertu du par. 34(2) imposer aux parties une convention collective. Le Conseil n'est pas habilité à procéder à l'arbitrage de divergences d'intérêts. Le Conseil ne peut ordonner à une partie de faire une offre simplement parce qu'il estime que cela constituerait un règlement équitable du différend. L'alinéa 33a) n'impose pas l'obligation de conclure une convention collective; a fortiori, il n'impose pas l'obligation de conclure une convention collective à ce qu'on pourrait objectivement considérer comme des conditions équitables.

Cela ne signifie pas cependant que le Conseil ne peut imposer des conditions qui se rapportent de façon précise au contenu des propositions. Dès que l'on suppose, comme j'ai dit qu'il faut le faire, que le contenu des propositions peut servir de fondement à la conclusion qu'il y a eu violation de l'obligation de négocier de bonne foi, il doit s'ensuivre que le redressement peut se rapporter au contenu des propositions afin de «se conformer» à l'al. 33a). [Je souligne.]

Il y a peu de différence entre les points de vue du juge en chef Laskin et du juge Dickson dans l'arrêt *Commission scolaire de Digby*. Le Juge en chef a supposé, sans en décider, que l'affaire *Tandy* était bien fondée, mais il a conclu que la *ratio* de cette affaire n'était pas suffisante pour permettre d'imposer les conditions d'une convention collective d'une manière générale. Le juge Dickson a conclu explicitement que l'affaire *Tandy* était bien fondée et que, en conséquence, un conseil pouvait imposer des conditions précises, mais seulement s'il existait un lien direct entre les conditions imposées et la violation de l'obligation de négocier de bonne foi.

À mon avis, une analogie parfaite peut être établie entre la présente espèce et l'arrêt *Commission scolaire de Digby*. Notre Cour ne doit modifier ni la *ratio* de cet arrêt ni l'interprétation plus large du juge Dickson selon laquelle le conseil, lorsqu'il

of the terms of a collective agreement on one or more of the parties unless there is a direct connection between the bad faith and the specific term imposed.

The test found in *National Bank* which requires a clear nexus between the breach, the consequences and the remedy imposed is a logical extension of the *Digby School Board* principle that a connection between the bad faith and an imposed term is a *sine qua non*.

Even if the "requisite nexus" from *National Bank* between the breach, the consequences and the remedy is set as low as "a rational connection" as proposed by Cory J., it is apparent that the nexus is missing in this case.

The breach which caused the Board to intervene in this case was the bad faith bargaining of the appellant regarding the claims of dismissed employees. Cory J. holds that there was a clear causal connection between this breach and the failure to reach a collective agreement.

With respect, the Board did not hold that the bad faith bargaining of the appellant with respect to the dismissed employees caused the parties not to reach a collective agreement. Rather it held that the consequence of the failures of both parties to bargain in good faith over the course of the negotiations was that no collective agreement had been reached (at p. 28):

One of the consequences of the parties' failures to comply with section 50 is that no collective agreement has been reached, where one could have been reached, and in our view would have been reached were it not for those failures, and that consequence is, in the instant case, one that is adverse to the fulfilment of the objectives of the Code.

The fact that the historic failures of both parties to bargain in good faith over the long course of negotiations has led to the lack of a collective agreement does not justify the imposition of the complete terms of a collective agreement on one of

conclut à l'omission de négocier de bonne foi, n'est pas autorisé pour autant à imposer les conditions d'une convention collective à l'une ou l'autre des parties, sauf s'il y a un lien direct entre la mauvaise foi et les conditions imposées.

Le critère de l'arrêt *Banque Nationale* qui exige un lien clair entre la violation, les conséquences et la réparation est un prolongement logique du principe de l'arrêt *Commission scolaire de Digby* selon lequel un lien entre la mauvaise foi et une condition imposée est une condition essentielle.

Même si le «lien requis» entre la violation, les conséquences et la réparation qu'exige l'arrêt *Banque Nationale* se réduit à un «lien rationnel», pour reprendre le terme employé par le juge Cory, de toute évidence le lien est absent dans la présente espèce.

La violation qui a amené le Conseil à intervenir en l'espèce était la négociation de mauvaise foi reprochée à l'appelante au sujet des employés congédiés. Le juge Cory est d'avis qu'il y avait un lien clair de cause à effet entre cette violation et l'incapacité de conclure une convention collective.

En toute déférence, le Conseil n'a pas conclu qu'en négociant de mauvaise foi à l'égard de la question des employés congédiés l'appelante avait empêché les parties de conclure une convention collective. Il a plutôt décidé que la conséquence des omissions par les deux parties de négocier de bonne foi tout au long des négociations avait été d'empêcher la conclusion d'une convention collective (à la p. 28):

L'un des effets des violations par les parties de l'article 50 a été d'empêcher qu'une convention collective soit conclue alors qu'elle aurait pu l'être et qu'elle l'aurait été à notre avis, n'eût été de ces violations. En l'espèce, cet effet nuit à la réalisation des objectifs du Code.

Le fait qu'une convention collective n'a pu être conclue parce que, à plusieurs reprises durant de longues négociations, les deux parties ont omis de négocier de bonne foi ne saurait autoriser l'imposition d'une convention collective complète à l'une

213

214

215

216

217

those parties which happens to now be in breach of its good faith bargaining duty in only one particular respect.

218 Section 99(2) requires that the consequence which the Board seeks to remedy must be one which is adverse to the objects of the Code.

219 The Board concluded that the failure to reach a collective agreement was adverse to the objects of the Code. With respect, this conclusion is incorrect.

220 The objects of the Code are the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes by the parties through the collective bargaining process. It has been repeatedly noted that the obligations of the bargaining parties under the Code are to bargain in good faith and to "make every reasonable effort".

221 Parties are not required to reach an agreement. It is perfectly consistent with the objects of the Code for parties to negotiate to impasse provided that the good faith obligation is met. As was stated in *Tandy* (at p. 214):

It is apparent that the duty to bargain in good faith is imperative but that there is no obligation to reach agreement.

222 The Board attempted to rely on cases in which it has ordered a party to present again its last offer with improper or illegal provisions removed. These exceptional exercises of the Board's jurisdiction include *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1, and *Iberia Airlines of Spain* (1990), 80 di 165.

223 These cases do little to advance the position of the Board since they can all be distinguished from the present case in at least three respects.

224 First, in each of the cases except *Iberia Airlines* the Board was able to clearly identify the contents of the offending party's most recent offer. The true effect of the order of the Board in these cases is

des parties qui se trouve à manquer, à ce moment-là, à son obligation de négociateur de bonne foi à l'égard d'un seul point.

Le paragraphe 99(2) exige que les effets que le Conseil cherche à remédier soient néfastes à la réalisation des objectifs du Code.

Le Conseil a décidé que la non-conclusion d'une convention collective était néfaste à la réalisation des objectifs du Code. Avec égards, cette conclusion est erronée.

Les objectifs du Code sont l'encouragement de la pratique de négociations collectives libres et du règlement positif des différends par les parties grâce au processus des négociations collectives. Il a souvent été dit que les obligations que le Code fait aux parties sont de négocier de bonne foi et de «faire tout effort raisonnable».

Les parties ne sont pas tenues de conclure une convention. Il est parfaitement compatible avec les objectifs du Code que les parties négocient jusqu'à l'impasse, pourvu qu'elles satisfassent à leur obligation de négociateur de bonne foi. Comme on le dit dans l'affaire *Tandy* (à la p. 214):

[TRADUCTION] De toute évidence, l'obligation de négocier de bonne foi est impérieuse, mais il n'y a aucune obligation de conclure une convention.

Le Conseil a invoqué des précédents dans lesquels il avait ordonné à une partie de soumettre à nouveau sa dernière offre, amputée de ses exigences inadéquates ou illégales. Parmi ces affaires exceptionnelles où le Conseil a exercé sa compétence de cette manière, on compte *Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 54 di 172; *Brewster Transport Co.* (1986), 66 di 1; et *Iberia, Lignes aériennes d'Espagne* (1990), 80 di 165.

Ces décisions ne corroborent guère l'opinion du Conseil puisqu'elles diffèrent toutes de la présente espèce sous au moins trois aspects.

Premièrement, dans chacune de celles-ci, sauf *Iberia, Lignes aériennes*, le Conseil a pu déterminer clairement le contenu de la dernière offre de la partie prise en faute. L'ordonnance rendue par le

not that the party must offer a new collective agreement but that it must keep its previous offer on the table once the improper demands have been removed. The party may not use the Board's removal of the improper terms as an excuse to withdraw an offer from the table.

Second, in each of the three cases, the collective agreement which the Board ordered the offending party to offer was one which the other party had not yet had the opportunity to decide upon.

Third, as in *Tandy*, the specific terms imposed by the Board in these cases were directly related to the issue on which the party had been found to be bargaining in bad faith. In other words, the Board respected the "requisite connection" test set out in *National Bank*.

None of these three prerequisites to this extraordinary use of the Board's jurisdiction was present in this case.

The Board recognized that it could not identify the last offer of the company. This was not a novel situation. Nevertheless, rather than follow the remedy established in *Tandy* and *Iberia Airlines*, the Board chose to engage in compulsory interest arbitration by crafting an offer that met what it considered to be the reasonable demands of either party (at p. 29):

In the normal course, the Board would order that the company present to the union, for ratification, an offer similar to its "last offer", from which any improper or illegal demands were removed. In the instant case, the course of negotiations does not permit the reliable identification of any complete last offer, but it is clear to us that the recommendations of the Industrial Inquiry Commissioners would satisfy, in most respects at least, the reasonable demands of either party.

The collective agreement which the Board ordered the appellant to offer was substantially similar to one which the appellant had offered

Conseil dans ces affaires a eu pour effet réel non pas d'obliger la partie à offrir une nouvelle convention collective, mais bien de maintenir sa dernière offre, amputée de ses exigences inadéquates. La suppression des conditions inadéquates par le Conseil ne peut pas fournir de prétexte à la partie pour retirer une offre.

Deuxièmement, dans chacune de ces affaires, la convention collective que la partie prise en faute a été forcée d'offrir n'avait pas encore été soumise à la ratification de l'autre partie.

Troisièmement, comme dans l'affaire *Tandy*, les conditions précises imposées par le Conseil dans ces affaires avaient un rapport direct avec la question au sujet de laquelle la partie avait été blâmée pour avoir négocié de mauvaise foi. Autrement dit, le Conseil a respecté le critère du «lien requis» énoncé dans l'arrêt *Banque Nationale*.

Aucun de ces trois préalables à l'exercice extraordinaire par le Conseil de sa compétence n'était présent dans la présente espèce.

Le Conseil a reconnu ne pas pouvoir déterminer la dernière offre de l'employeur. Ce n'était pas la première fois que la situation se présentait. Néanmoins, au lieu d'accorder la même réparation que dans les affaires *Tandy* et *Iberia, Lignes aériennes*, le Conseil a choisi d'entreprendre l'arbitrage obligatoire de différends en élaborant une offre qui répondait à ce qu'il a estimé être les exigences raisonnables des deux parties (à la p. 29):

En temps normal, le Conseil ordonnerait à l'employeur de soumettre à la ratification du syndicat une offre semblable à sa «dernière offre», amputée de ses exigences inadéquates ou illégales. Dans le cas qui nous occupe, le cours des négociations ne permet de déterminer de façon satisfaisante aucune dernière offre complète; toutefois, il est clair à nos yeux que les recommandations formulées par la commission d'enquête sur les relations du travail devraient répondre, pour l'essentiel à tout le moins, aux exigences raisonnables des deux parties.

La convention collective que le Conseil a obligé l'appelante à offrir était semblable pour l'essentiel à celle qu'elle avait offerte près de deux ans aupa-

225

226

227

228

229

almost two years previously and which the union membership had rejected. Thus, this was not an agreement which the Union had been deprived of the opportunity to vote on as a result of the bad faith of the employer.

230 Finally, and most seriously, many of the terms which the Board chose to impose in the collective agreement bore no relation to the specific instance of bad faith identified by the Board. There is no rational connection between issues regarding the seniority of employees, mediators' fees and the length of the agreement (for example) and the finding of bad faith in relation to arbitration of the claims of dismissed employees.

231 Nor was there any rational connection between the issue of the dismissed employees and the four significant monetary issues which were subjected to binding mediation (transportation, statutory holidays, wages and safety inspections) by the Board.

232 Binding mediation and arbitration may be effective mechanisms for resolving disputes but they are mechanisms which may be chosen by the parties as an alternative to free collective bargaining. It does not lie within the jurisdiction of the Board to impose binding arbitration on the parties where the parties have opted to resolve their dispute through free collective bargaining. In this regard, the Board's order not only lacked the requisite nexus to the breach of the Code, it was also anti-thetical to the objects of the Code.

233 Cory J. would conclude that once a party has breached its obligation to bargain in good faith under s. 50, the Board is entitled to deprive the party of its right to bargain freely. With respect, there is no support for this approach in the Code.

234 When, in the course of free collective bargaining, a party has breached its obligation to bargain in good faith, the duty of the Board is to ensure that the party properly exercises that obligation, not to deprive the party of any further opportunity

ravant et que les syndiqués avaient rejetée. Par conséquent, ce n'était pas une convention sur laquelle le syndicat avait été privé de la possibilité de voter en raison de la mauvaise foi de l'employeur.

Enfin, et c'est ce qui est le plus grave, nombre des conditions que le Conseil a choisi d'imposer dans la convention collective n'avaient aucun rapport avec le cas précis de négociation de mauvaise foi déterminé par le Conseil. Il n'y a aucun lien rationnel entre les questions touchant l'ancienneté des employés, les honoraires des médiateurs et la durée de la convention (par exemple) et la constatation qu'il y a eu négociation de mauvaise foi au sujet de l'arbitrage des litiges découlant des congédiements.

Il n'y avait pas de lien rationnel non plus entre la question des employés congédiés et les quatre points importants d'ordre pécuniaire que le Conseil a renvoyés aux médiateurs en vue d'une médiation exécutoire (transport, jours fériés, salaires et inspections de sécurité).

La médiation et l'arbitrage exécutoires sont peut-être des mécanismes efficaces de règlement des différends, mais il revient aux parties de les choisir comme solution de rechange aux négociations collectives libres. Le Conseil n'a pas compétence pour imposer l'arbitrage exécutoire aux parties quand elles ont choisi de régler leurs différends par les négociations collectives libres. À cet égard, non seulement l'ordonnance du Conseil n'a pas le lien requis avec la violation du Code, mais elle va à l'encontre des objectifs du Code.

Le juge Cory serait d'avis qu'une fois qu'une partie a violé l'obligation de négocier de bonne foi que prescrit l'art. 50, le Conseil a le droit de la priver de son droit à la libre négociation. En toute déférence, on ne trouve dans le Code aucun appui à ce point de vue.

Quand, au cours de libres négociations collectives, une partie a manqué à son obligation de négocier de bonne foi, le Conseil a le devoir de faire en sorte que cette partie exécute son obligation et non de la priver de la possibilité de conti-

to participate in the bargaining process. This follows from the requirement of s. 99(2) that the remedy imposed must promote the objects of the Code, paramount among which is the encouragement of free collective bargaining.

Cory J. places significant emphasis on the public interest in bringing this acrimonious labour dispute to an end. It is incontrovertible that the bad feeling between the union and the employer had caused significant damage to the Yellowknife community, including loss of life. Much as one can sympathize with the desire of the Board to put closure on a bitter dispute, it did not lie within their jurisdiction to do so.

The Board's conclusion (at p. 28) that there were issues in dispute about which "to direct the parties to bargain would . . . be unrealistic and even a cruel waste of time" does not justify the imposition of an agreement by the Board even if the Board relies on a third party mediator to impose the final terms of that agreement. Parties to free collective bargaining are entitled to continue to bargain to impasse unless Parliament chooses to intervene.

In this case, the Mayor of Yellowknife wrote to the Prime Minister urging a legislated end to the labour dispute. Parliament chose not to intervene in a dispute centring around a non-essential operation which was barely economically viable. The Board cannot usurp a power which would be extraordinary even if imposed by Parliament however much it may believe that to do so is in the public interest.

The Code provides only one instance where the Board may impose the terms of a collective agreement. Section 80 allows the Board to impose a first collective agreement in limited circumstances:

80. (1) Where an employer or a bargaining agent is required, by notice given under section 48, to commence collective bargaining for the purpose of entering into the first collective agreement between the parties with respect to the bargaining unit for which the bargaining agent has been certified and the requirements of

nuer à participer au processus des négociations. Ce principe découle du par. 99(2) qui exige que la réparation imposée favorise la réalisation des objectifs du Code, dont le plus important est l'encouragement de la pratique de négociations collectives libres.

Le juge Cory insiste beaucoup sur la nécessité de mettre fin à ce conflit acrimonieux dans l'intérêt public. Il est indéniable que l'animosité entre le syndicat et l'employeur a causé d'importants préjudices à la collectivité de Yellowknife, y compris des pertes de vie. Bien que l'on puisse comprendre le désir du Conseil de dénouer un conflit amer, il n'avait pas compétence pour agir dans ce sens.

La conclusion du Conseil (à la p. 28) selon laquelle, sur certains points litigieux, «il serait irréaliste [. . .] d'enjoindre aux parties de négocier et même que cela entraînerait un cruel gaspillage de temps» ne l'autorise pas à imposer une convention, même s'il s'appuie sur un médiateur indépendant pour imposer les conditions définitives de cette convention. Les parties à la libre négociation collective ont le droit de continuer de négocier jusqu'à l'impasse, sauf intervention du législateur.

En l'espèce, la mairesse de Yellowknife a écrit à la première ministre pour la prier de faire voter une loi de retour au travail. Le législateur a choisi de ne pas intervenir dans un conflit concernant une entreprise non essentielle qui était à peine rentable. Le Conseil ne peut pas, quelle que soit sa conviction d'agir dans l'intérêt public, usurper un pouvoir que même le législateur n'exercerait qu'exceptionnellement.

Aux termes du Code, le Conseil ne peut imposer les conditions d'une convention collective que dans une seule situation. L'article 80 permet au Conseil d'imposer une première convention collective dans certaines circonstances:

80. (1) Si l'avis de négociation collective visé à l'article 48 se rapporte à la première convention collective à conclure entre les parties quant à l'unité de négociation pour laquelle l'agent négociateur a été accrédité et que les conditions énoncées aux alinéas 89(1)a) à d) ont été remplies, le ministre peut, s'il le juge utile, ordonner au

235

236

237

238

paragraphs 89(1)(a) to (d) have otherwise been met, the Minister may, if the Minister considers it necessary or advisable, at any time thereafter direct the Board to inquire into the dispute and, if the Board considers it advisable, to settle the terms and conditions of the first collective agreement between the parties.

239 The specific grant of jurisdiction to impose a first collective agreement in s. 80(1) militates against the Board's contention that this power can be found in the general wording of s. 99(2). Furthermore, s. 80 preserves the principle that the legislative and executive branches of government retain the power to determine the circumstances when the Board may impose closure on the process of free collective bargaining. The Board may not exercise its power to impose a first collective agreement under s. 80 unless directed to do so by the Minister.

240 My conclusion that the Board lacked the jurisdiction to impose closure on this labour dispute by dictating the terms of a new collective agreement does not mean that the Board lacked the jurisdiction to impose an effective remedy.

241 An order requiring the employer to table within a specified time a collective agreement which it was willing to honour and to cease and desist from its unreasonable position with respect to the dismissed employees (or even the imposition of a specific term to deal with this issue alone) would have displayed the necessary "nexus" to satisfy the *National Bank* test. In addition, it would have respected the fundamental objective of the *Canada Labour Code*, allowing each of the parties to engage in collective bargaining.

242 If another impasse resulted owing to further instances of "bad faith", the Board would once again be entitled to intervene. However, I can conceive of no situation in which the Board would be entitled to impose an entire collective agreement upon the parties, including terms settling issues that are unrelated to any findings of bad faith.

243 I conclude that the Board was incorrect to interpret s. 99(2) as it did and that the Board lacked the

Conseil de faire enquête sur le différend et, si celui-ci l'estime indiqué, de fixer les modalités de la première convention collective entre les parties.

L'attribution par le par. 80(1) de la compétence spéciale pour imposer une première convention collective milite contre l'opinion du Conseil selon laquelle le même pouvoir est conféré par le libellé général du par. 99(2). En outre, l'art. 80 réaffirme le principe que les organes législatif et exécutif gardent le pouvoir de déterminer dans quels cas le Conseil peut exiger la clôture du processus de négociations collectives libres. C'est seulement sur l'ordre du ministre que le Conseil peut exercer son pouvoir d'imposer une première convention en vertu de l'art. 80.

Ma conclusion que le Conseil n'avait pas compétence pour mettre fin à ce conflit en dictant les conditions d'une nouvelle convention collective ne signifie pas qu'il n'avait pas le pouvoir d'imposer une réparation efficace.

Une ordonnance obligeant l'employeur à déposer dans un certain délai une convention collective qu'il était disposé à respecter et à abandonner sa position déraisonnable au sujet des employés congédiés (ou même imposant une condition précise, destinée à régler ce seul point) aurait comporté le «lien» nécessaire pour satisfaire au critère de l'arrêt *Banque Nationale*. En outre, elle aurait été conforme à l'objectif fondamental du *Code canadien du travail*, qui est de permettre aux deux parties de procéder à des négociations collectives.

Si une autre impasse résultait de nouveaux cas de «mauvaise foi», le Conseil aurait à nouveau le pouvoir d'intervenir. Toutefois, je ne peux concevoir de situation dans laquelle le Conseil aurait le droit d'imposer aux parties une convention collective complète comportant des conditions réglant des points qui n'ont aucun rapport avec la constatation qu'une partie a négocié de mauvaise foi.

Je conclus que le Conseil a commis une erreur en interprétant le par. 99(2) comme il l'a fait et

power to impose a collective agreement upon the parties.

V. Disposition

I would allow the appeal and set aside the decision of the Board.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA, McLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ladner, Downs, Vancouver.

Solicitors for the respondent Canadian Association of Smelter and Allied Workers, Local No. 4: McGrady, Askew & Fiorillo, Vancouver.

Solicitors for the respondent Canada Labour Relations Board: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

qu'il n'avait pas le pouvoir d'imposer aux parties une convention collective.

V. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la décision du Conseil.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA, McLACHLIN et MAJOR dissidents.

Procureurs de l'appelante: Ladner, Downs, Vancouver.

Procureurs de l'intimée l'Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés, section locale n° 4: McGrady, Askew & Fiorillo, Vancouver.

Procureurs de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant/Respondent on Cross-Appeal*

v.

James Keegstra *Respondent/Appellant on Cross-Appeal*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the League for Human Rights of B'nai Brith Canada *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. KEEGSTRA

File No.: 24296.

1996: February 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair trial — Inciting hatred — Reverse onus — Accused not to be convicted if accused established truth of statements — Whether applicable provision infringes right to fair trial — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 319(3)(a).

Cases Cited

Applied: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **distinguished:** *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 319(3)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 23 Alta. L.R. (3d) 4, 157 A.R. 1, 77 W.A.C. 1, 92 C.C.C. (3d) 505, dismissing an

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

James Keegstra *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. KEEGSTRA

N° du greffe: 24296.

1996: 28 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès équitable — Incitation à la haine — Inversion du fardeau de la preuve — Accusé ne devant pas être déclaré coupable s'il établit la véracité des déclarations — La disposition applicable porte-t-elle atteinte au droit à un procès équitable? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(3)(a).

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(3)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 23 Alta. L.R. (3d) 4, 157 A.R. 1, 77 W.A.C. 1, 92 C.C.C. (3d) 505, qui a rejeté

appeal from conviction by Lutz J. sitting with jury.
Appeal dismissed.

Jack Watson, Q.C., and J. Steven Koval, Q.C., for the appellant/respondent on the cross-appeal.

Douglas H. Christie, for the respondent/appellant on the cross-appeal.

Robert J. Frater and Erin McKey, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Mark J. Sandler and Marvin Kurz, for the intervener the Human Rights League of B'nai Brith Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — We are all of the view that this appeal should be allowed. With respect to the handling by the trial judge of the requests made by the jury for a copy of the transcript of the evidence of Robert David and for a copy of the applicable section of the *Criminal Code*, we agree substantially with the dissenting reasons of Foisy J.A. in the Alberta Court of Appeal.

With respect to the argument that the reverse onus contained in s. 319(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, contravenes s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, we are of the opinion that the decision of the Court in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, is a complete answer. In that decision, the Court concluded that, although s. 319(3)(a) was inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*, it was justified as a reasonable limit within the meaning of s. 1. The decision of the Court in *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, is distinguishable from the case at bar.

With respect to the other arguments raised by the respondent in support of the Court of Appeal's decision, we reject these arguments as they are

l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Lutz siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Jack Watson, c.r., et J. Steven Koval, c.r., pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Douglas H. Christie, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Robert J. Frater et Erin McKey, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mark J. Sandler et Marvin Kurz, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi. En toute déférence pour la manière dont le juge du procès a traité les demandes faites par le jury en vue d'obtenir une transcription du témoignage de Robert David et une copie de l'article applicable du *Code criminel*, nous souscrivons, pour l'essentiel, aux motifs de dissidence du juge Foisy de la Cour d'appel de l'Alberta.

En ce qui concerne l'argument voulant que l'inversion du fardeau de la preuve prévue à l'al. 319(3)a du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contrevienne à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous sommes d'avis que la décision de la Cour dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, y répond entièrement. Dans cette décision, la Cour a conclu que, même si l'al. 319(3)a était incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*, il était justifié en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier. La décision de la Cour dans *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, peut être distinguée de la présente affaire.

Quant aux autres arguments que l'intimé a avancés à l'appui de la décision de la Cour d'appel, nous les rejetons étant donné qu'ils ne sont pas

1

2

3

without merit. Specifically, the argument for a stay because of delay cannot be raised since it is a remedy that does not support the order of the Court of Appeal directing a new trial. The trial judge made no error in charging the jury with respect to the various elements contained in s. 319 of the *Code*. Notwithstanding any delay in disclosure of the evidence of Dr. Segal, we agree with the trial judge that there was no prejudice in the circumstances.

fondés. Plus précisément, l'argument en faveur d'un arrêt des procédures pour cause de délai ne saurait être avancé parce qu'il s'agit d'une réparation qui n'étaye pas l'ordonnance de nouveau procès de la Cour d'appel. Le juge du procès n'a commis aucune erreur en donnant au jury des directives relativement aux divers éléments de l'art. 319 du *Code*. Indépendamment de tout délai écoulé avant la communication du témoignage de M. Segal, nous sommes d'accord avec le juge du procès pour dire qu'aucun préjudice n'a été causé dans les circonstances.

4 Accordingly, the appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed, the judgment of the Alberta Court of Appeal is set aside, and the conviction is restored, and the matter is remitted to the Court of Appeal so that the accused's sentence appeal can be disposed of.

En conséquence, le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident rejeté, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est annulé et la déclaration de culpabilité rétablie, et l'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel pour qu'elle puisse statuer sur l'appel que l'accusé a interjeté contre sa sentence.

5 We would answer the constitutional questions (paraphrased) as follows:

Nous sommes d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles (paraphrasées):

1. Does s. 319(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

1. L'alinéa 319(3)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole-t-il l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Response: The answer is yes.

Réponse: Oui.

2. If so, is s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* a reasonable limit on the s. 11(d) *Charter* right pursuant to s. 1 of the *Charter*?

2. Dans l'affirmative, l'al. 319(3)a) du *Code criminel* constitue-t-il une restriction raisonnable du droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, conformément à l'article premier de la *Charte*?

Response: The answer is yes.

Réponse: Oui.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal: Douglas H. Christie, Victoria.

Procureur de l'intimé/appelant au pourvoi incident: Douglas H. Christie, Victoria.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith Canada: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto.

Giovanni Marinaro *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARINARO

File No.: 24322

1996: February 29.

Present: Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Misdirection as to consciousness of guilt — Court of appeal finding no substantial wrong and upholding verdict — Whether substantial wrong.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 95 C.C.C. (3d) 74, dismissing an appeal from conviction by Then J. sitting with jury. Appeal allowed.

Timothy E. Breen, for the appellant.

W. Graeme Cameron, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — The appeal is allowed for the reasons of Dubin C.J. (1994), 95 C.C.C. (3d) 74. The conviction and judgment of the Court of Appeal are set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Giovanni Marinaro *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARINARO

N° du greffe: 24322

1996: 29 février.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Directive erronée sur la conscience de culpabilité — Cour d'appel concluant à l'absence de tort important et confirmant le verdict — Y a-t-il eu tort important?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 95 C.C.C. (3d) 74, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Then siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Timothy E. Breen, pour l'appelant.

W. Graeme Cameron, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le pourvoi est accueilli pour les raisons exposées par le juge en chef Dubin (1994), 95 C.C.C. (3d) 74. La déclaration de culpabilité et l'arrêt de la Cour d'appel sont annulés et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Rosen, Fleming, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Paul A. Martin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARTIN

File No.: 24671.

1996: March 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Admission of evidence not bringing administration of justice into disrepute.***Statutes and Regulations Cited***Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 97 C.C.C. (3d) 241, 56 B.C.A.C. 241, 92 W.A.C. 241, 30 C.R.R. (2d) 170, 40 C.R. (4th) 382, dismissing the accused's appeal from his convictions on charges of cultivating marijuana and possession of marijuana. Appeal dismissed.

Manuel A. Azevedo, for the appellant.*S. David Frankel, Q.C.*, and *John M. Loo*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed. Assuming without deciding that there was a breach of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, we agree with the majority of the Court of Appeal that admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

Paul A. Martin *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARTIN

N° du greffe: 24671.

1996: 1^{er} mars.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Utilisation de la preuve non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.***Lois et règlements cités***Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 97 C.C.C. (3d) 241, 56 B.C.A.C. 241, 92 W.A.C. 241, 30 C.R.R. (2d) 170, 40 C.R. (4th) 382, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre lui relativement à des accusations de culture de marijuana et de possession de marijuana. Pourvoi rejeté.

Manuel A. Azevedo, pour l'appellant.*S. David Frankel, c.r.*, et *John M. Loo*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi. À supposer sans en décider qu'il y a eu violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que l'utilisation de la preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Appeal dismissed.

*Solicitors for the appellant: Rankin & Company,
Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: George Thomson,
Ottawa.*

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appelant: Rankin & Company,
Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: George Thomson,
Ottawa.*

The Minister of Justice of Canada *Appellant*

v.

Daniel Jamieson *Respondent*

and

The Director of the Parthenais Detention Centre and the Attorney General of Quebec *Mis en cause*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. JAMIESON

File No.: 24253.

1996: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Surrender of fugitive to foreign state — Minister of Justice's surrender decision not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Minister of Justice's surrender decision not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 2144, 93 C.C.C. (3d) 265, 34 C.R. (4th) 197, reversing a judgment of the Superior Court, J.E. 93-1742, dismissing an application for *habeas corpus*. Appeal allowed.

William H. Corbett, Q.C., and George G. Dolhai, for the appellant.

Pierre Poupart and Ronald Prigent, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

Le ministre de la Justice du Canada *Appelant*

c.

Daniel Jamieson *Intimé*

et

Le Directeur du Centre de prévention Parthenais et le procureur général du Québec *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. JAMIESON

N° du greffe: 24253.

1996: 19 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Remise d'un fugitif à un État étranger — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition ne portant pas atteinte aux droits du fugitif garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition ne portant pas atteinte aux droits du fugitif garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 2144, 93 C.C.C. (3d) 265, 34 C.R. (4th) 197, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 93-1742, qui avait rejeté une requête en *habeas corpus*. Pourvoi accueilli.

William H. Corbett, c.r., et George G. Dolhai, pour l'appelant.

Pierre Poupart et Ronald Prigent, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

1

LAMER C.J. — Essentially for the reasons given by Baudouin J.A., the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the decision of the Superior Court dismissing the application for *habeas corpus* is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Poupart & Cournoyer, Montréal.

LE JUGE EN CHEF LAMER — Essentiellement pour les motifs de M. le juge Baudouin, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la décision de la Cour supérieure rejetant la requête en *habeas corpus* est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Poupart & Cournoyer, Montréal.

Lee Michael Whitley *Appellant*

v.

United States of America *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. WHITLEY

File No.: 24438.

1996: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mobility rights — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 20 O.R. (3d) 794, 75 O.A.C. 100, 119 D.L.R. (4th) 693, 94 C.C.C. (3d) 99, dismissing the fugitive's appeal from the extradition judge's order committing him for surrender (1993), 20 W.C.B. (2d) 354, and dismissing the fugitive's application for judicial review of the Minister of Justice's decision ordering his surrender for extradition. Appeal dismissed.

Wes Wilson and Shaun Nakatsuru, for the appellant.

Elaine F. Krivel, Q.C., and *William H. Corbett, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — The appeal is dismissed, substantially for the reasons of Laskin J.A.

Lee Michael Whitley *Appelant*

c.

États-Unis d'Amérique *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. WHITLEY

N° du greffe: 24438.

1996: 19 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté de circulation et d'établissement — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 20 O.R. (3d) 794, 75 O.A.C. 100, 119 D.L.R. (4th) 693, 94 C.C.C. (3d) 99, qui a rejeté l'appel interjeté par le fugitif contre l'ordonnance du juge d'extradition enjoignant de l'incarcérer en vue de son extradition (1993), 20 W.C.B. (2d) 354, et qui a rejeté la demande du fugitif visant à obtenir le contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice d'ordonner son extradition. Pourvoi rejeté.

Wes Wilson et Shaun Nakatsuru, pour l'appelant.

Elaine F. Krivel, c.r., et *William H. Corbett, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le pourvoi est rejeté essentiellement pour les motifs exposés par le juge Laskin de la Cour d'appel.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Wes Wilson, Toronto; Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Wes Wilson, Toronto; Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le procureur général du Canada, Toronto.

Stephen Ross *Appellant*

v.

United States of America *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. ROSS

File No.: 24400.

1996: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mobility rights — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 119 D.L.R. (4th) 333, 93 C.C.C. (3d) 500, 25 C.R.R. (2d) 140, 51 B.C.A.C. 1, 84 W.A.C. 1, dismissing the fugitive's appeal from the extradition judge's order committing him for surrender, and dismissing the fugitive's application for judicial review of the Minister of Justice's decision ordering his surrender for extradition. Appeal dismissed.

Jay I. Solomon, for the appellant.

Kenneth J. Yule and William H. Corbett, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — The appeal is dismissed, substantially for the reasons of Taylor J.A.

Stephen Ross *Appelant*

c.

États-Unis d'Amérique *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. ROSS

N° du greffe: 24400.

1996: 19 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté de circulation et d'établissement — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 119 D.L.R. (4th) 333, 93 C.C.C. (3d) 500, 25 C.R.R. (2d) 140, 51 B.C.A.C. 1, 84 W.A.C. 1, qui a rejeté l'appel interjeté par le fugitif contre l'ordonnance du juge d'extradition enjoignant de l'incarcérer en vue de son extradition, et qui a rejeté la demande du fugitif visant à obtenir le contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice d'ordonner son extradition. Pourvoi rejeté.

Jay I. Solomon, pour l'appelant.

Kenneth J. Yule et William H. Corbett, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le pourvoi est rejeté essentiellement pour les motifs exposés par le juge Taylor de la Cour d'appel.

Judgment accordingly.

*Solicitor for the appellant: Jay I. Solomon,
Vancouver.*

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

Jugement en conséquence.

*Procureur de l'appelant: Jay I. Solomon,
Vancouver.*

*Procureur de l'intimé: Le procureur général du
Canada, Ottawa.*

A. F. V.d.A. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. V.d.A. (A.F.)

File No.: 24692.

1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Sexual assault of minor — Charge denied — Little corroborative evidence — Credibility of witnesses — Power of appellate court to review and weigh evidence.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1995), 102 Man. R. (2d) 19, 93 W.A.C. 19, dismissing an appeal from conviction by Duval J. Appeal dismissed.

George A. Derwin, for the appellant.

Richard A. Saull, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — This is an appeal as of right. Substantially for the reasons of Kroft J.A. (1995), 102 Man. R. (2d) 19, we are all in agreement that the judgment at trial was not unreasonable. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Chapman, Goddard, Kagan, Winnipeg.

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

A. F. V.d.A. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. V.d.A. (A.F.)

N° du greffe: 24692.

1996: 21 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Agression sexuelle contre une personne mineure — Accusation niée — Peu de preuve corroborante — Crédibilité des témoins — Pouvoir de la cour d'appel d'examiner et d'apprécier la preuve.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1995), 102 Man. R. (2d) 19, 93 W.A.C. 19, ayant rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Duval. Pourvoi rejeté.

George A. Derwin, pour l'appellant.

Richard A. Saull, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'un appel de plein droit. Nous sommes tous d'accord, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Kroft de la Cour d'appel (1995), 102 Man. R. (2d) 19, que le jugement rendu au procès n'était pas déraisonnable. En conséquence, l'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Chapman, Goddard, Kagan, Winnipeg.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Falah Saleh Majid *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAJID

File No.: 24732.

1996: March 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Accused convicted of sexual assault — Conviction set aside on appeal — Whether trial judge erred in excluding portions of defence evidence.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 98 C.C.C. (3d) 263, 128 Sask. R. 248, 85 W.A.C. 248, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Kenneth W. Mackay, Q.C., for the appellant.

Richard W. Elson and Mark Brayford, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — This is an appeal as of right. The majority of the Court is of the view that this appeal should be dismissed substantially for the reasons of Cameron J.A. in the Court of Appeal. Madame Justice L'Heureux-Dubé, dissenting, would have allowed the appeal substantially for the reasons of Gerwing J.A.

² Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Falah Saleh Majid *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MAJID

N° du greffe: 24732.

1996: 21 mars.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Infractions sexuelles — Preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité annulée en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant des passages d'un élément de preuve?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 98 C.C.C. (3d) 263, 128 Sask. R. 248, 85 W.A.C. 248, ayant accueilli l'appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée à son endroit relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Kenneth W. Mackay, c.r., pour l'appelante.

Richard W. Elson et Mark Brayford, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Il s'agit d'un appel de plein droit. La Cour à la majorité est d'avis de rejeter le présent appel, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Cameron en Cour d'appel. Madame le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, aurait accueilli le pourvoi, essentiellement pour les motifs du juge Gerwing de la Cour d'appel.

En conséquence, l'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: The Attorney
General for Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général
de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the respondent: Brayford-Shapiro,
Saskatoon.*

*Procureurs de l'intimé: Brayford-Shapiro,
Saskatoon.*

Joseph Burke *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BURKE

File No.: 24071.

1995: May 26; 1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — First complainant's testimony containing exaggerations and blatant falsehoods — Trial judge not accepting his allegations of sexual assault without corroboration — Trial judge finding corroboration in respect of one incident in testimony of second complainant describing similar incident — Second complainant's testimony containing frailties and inconsistencies — Strong possibility of collusion — Whether accused's convictions can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — Alleged assaults bizarre in nature — Photographic identification of accused — Whether accused's conviction can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Abuse of process — Court of Appeal correct in not entering stay of proceedings on grounds of abuse of process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The accused, a former Christian Brother, was convicted of three counts of indecent assault upon E, C and L, and one count of assault causing bodily harm on E. The complainants were all residents of the orphanage where the accused worked between 1974 and 1981. At trial, E testified that the accused had beaten him and had also committed several indecent sexual acts, including an incident where, in order to prevent the spreading of chicken pox, the accused applied, in his private office,

Joseph Burke *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BURKE

N° du greffe: 24071.

1995: 26 mai; 1996: 21 mars.

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

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

Droit criminel — Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Exagérations et faussetés flagrantes dans le témoignage du premier plaignant — Juge du procès n'acceptant pas les allégations d'agression sexuelle sans corroboration — Juge du procès concluant qu'un incident a été corroboré par le témoignage d'un deuxième plaignant qui décrivait un incident semblable — Faiblesses et contradictions dans le témoignage du deuxième plaignant — Forte possibilité de collusion — Les déclarations de culpabilité de l'accusé peuvent-elles raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

Droit criminel — Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Nature étrange des prétendues agressions — Identification de l'accusé à l'aide de photographies — La déclaration de culpabilité de l'accusé peut-elle raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Abus de procédure — Cour d'appel ayant refusé à bon droit d'ordonner l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

L'accusé, un ancien frère des Écoles chrétiennes, a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation d'attentat à la pudeur contre E, C et L, et à un chef de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à E. Les plaignants résidaient tous à l'orphelinat où l'accusé a travaillé entre 1974 et 1981. Au procès, E a témoigné que l'accusé l'avait battu et avait accompli, à maintes reprises, des actes sexuels indécents, notamment lorsque, pour éviter que la varicelle ne se propage, l'accusé

an ointment not only to E's legs, which were affected by the pox, but also to his penis and his buttocks, and inserted a finger in E's rectum. With respect to the beating incident, the trial judge found that the accused had used excessive force. With respect to the other claims, the trial judge, faced with the many inconsistencies and blatant falsehoods in E's evidence, concluded that he was not a credible witness and added that these claims could not be accepted without some form of corroboration. The trial judge found corroboration for the "ointment incident" in the evidence given by C in which he described a strikingly similar incident. Despite frailties and "impreciseness respecting dates" in C's testimony, the trial judge found him to be a credible witness. As a result, she accepted the accounts of the "ointment incidents" given by C and E. L testified that the accused would often punish him by "hauling" him into a private office, forcing him to undress and pinching his armpits. In addition, L claimed that the accused would sometimes fondle his penis. The trial judge found L's evidence credible and accepted it. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be allowed with respect to the convictions for indecent assault. The appeal should be dismissed with respect to the conviction for assault causing bodily harm.

The Court of Appeal's decision on the abuse of process issue and the lower courts' decisions regarding the accused's conviction for assault causing bodily harm were agreed with. However, in light of the evidence at trial, the convictions for indecent assault were unreasonable and must be set aside pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. The standard of review under that section is whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. It is only where the appellate court has considered all of the evidence before the trier of fact and determined that a conviction cannot be reasonably supported by that evidence that it can invoke s. 686(1)(a)(i) and overturn the trial court's verdict. Although the appellate court must be conscious of the advantages enjoyed by the trier of fact, reversal for unreasonableness remains available under s. 686(1)(a)(i) where the "unreasonableness" of the verdict rests on a question of credibility. Here, the trial judge arrived at an unreasonable verdict by accepting the evidence of E, C and L. No properly

avait, dans son bureau privé, appliqué une pommade non seulement sur les jambes de E, qui étaient atteintes du mal, mais également sur son pénis et ses fesses, et lui avait introduit le doigt dans le rectum. En ce qui concerne l'incident de la correction, le juge du procès a conclu que l'accusé avait exercé une force excessive. Quant aux autres allégations, devant les nombreuses faussetés et contradictions flagrantes relevées dans le témoignage de E, le juge du procès a conclu que ce dernier n'était pas un témoin crédible et a ajouté que ces allégations ne pourraient pas être acceptées sans être corroborées de quelque manière que ce soit. Le juge du procès a statué que l'«incident de la pommade» avait été corroboré par le témoignage de C, qui faisait état d'un incident d'une ressemblance frappante. En dépit des faiblesses et de «l'imprécision concernant les dates» dans le témoignage de C, le juge du procès a conclu que ce dernier était un témoin crédible. Elle a donc accepté les récits de C et E concernant les «incidents de la pommade». L a témoigné que l'accusé le punissait fréquemment en le «traînant» dans un bureau privé, pour ensuite le forcer à se dévêtir et lui pincer les aisselles. L a, de plus, allégué que l'accusé lui caressait parfois le pénis. Le juge du procès a jugé crédible le témoignage de L et l'a accepté. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur. Le pourvoi est rejeté pour ce qui est de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles.

La décision de la Cour d'appel sur la question de l'abus de procédure et les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure relativement à la déclaration de culpabilité de l'accusé quant aux voies de fait ayant causé des lésions corporelles sont acceptées. Cependant, compte tenu de la preuve produite au procès, les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur étaient déraisonnables et doivent être rejetées conformément au sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*. La norme de contrôle applicable sous le régime de cette disposition consiste à décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Ce n'est que si elle a tenu compte de toute la preuve soumise au juge des faits, et décidé qu'une déclaration de culpabilité ne peut pas s'appuyer raisonnablement sur cette preuve, que la cour d'appel peut invoquer le sous-al. 686(1)(a)(i) et écarter le verdict rendu au procès. Bien qu'elle doive être consciente des avantages dont jouit le juge des faits, la cour d'appel

instructed jury acting in a judicial manner could reasonably have accepted the claims of these complainants.

It is clear from a review of the evidence that some of E's claims against the Christian Brothers, and particularly those concerning the accused, were gross exaggerations or blatant falsehoods. Most of E's claims were either positively disproved by other witnesses or were unsupported by the evidence. While the trial judge was right in concluding that E was not a credible witness, she erred in finding corroboration for the "ointment incident" in C's evidence. C's history of chronic dishonesty, coupled with critical inconsistencies in his testimony, clearly made him a less than credible witness. Among other things, he initially stated in his testimony that the ointment incident took place in the early 1970s. The accused, however, was not present at the orphanage at that time. More importantly, C had previously refused to speak with the police, claiming that he had nothing to say regarding the Christian Brothers. It is only after he was contacted by E's lawyer — who had already been retained by E for the purpose of carrying out a civil action against the accused — that C came forward with his claim. There is thus a possibility that C may have learned the details of E's story through contact with their common lawyer. The obvious inconsistencies and falsehoods in C's testimony render the trial judge's finding of credibility unreasonable. A trier of fact, acting judicially, could not have found any merit in the claims of either C or E. Moreover, on the assumption that the evidence is admissible, the trier of fact is obliged to consider the reliability of the evidence having regard to all the circumstances, including the possibility of collusion or collaboration. Given the crucial importance assigned by the trial judge to C's evidence, her failure to consider the possibility of collusion or collaboration arising out of the "lawyer connection", when assessed in light of the other frailties in C's evidence, rendered the convictions relating to the sexual assaults on E and C unreasonable.

With respect to L's claims, the curious nature of the assaults and the fact that the scabs allegedly left under

conserve, en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), le pouvoir de rejeter un verdict pour cause de caractère déraisonnable lorsque ce «caractère déraisonnable» tient à une question de crédibilité. En l'espèce, le juge du procès est arrivée à un verdict déraisonnable en acceptant les témoignages de E, C et L. Aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement accepter les prétentions de ces plaignants.

Il ressort clairement d'un examen de la preuve que certaines des allégations de E concernant les frères des Écoles chrétiennes, en particulier celles qui visaient l'accusé, étaient des exagérations et des faussetés flagrantes. La plupart des allégations de E ont été réfutées catégoriquement par d'autres témoins ou n'étaient pas appuyées par la preuve. Bien qu'elle ait eu raison de conclure que E n'était pas un témoin crédible, le juge du procès a commis une erreur en statuant que l'«incident de la pommade» avait été corroboré par le témoignage de C. Les antécédents de malhonnêteté chronique de ce dernier, conjugués aux contradictions cruciales relevées dans son témoignage, en faisaient certainement un témoin moins que crédible. Il a notamment commencé par déclarer, dans son témoignage, que l'incident de la pommade était survenu au début des années 70. Or, l'accusé n'était pas à l'orphelinat à ce moment-là. Qui plus est, C avait auparavant refusé de parler à la police, affirmant qu'il n'avait rien à dire concernant les frères des Écoles chrétiennes. C a fait ses allégations seulement après que l'avocat, dont E avait déjà retenu les services aux fins d'intenter une action au civil contre l'accusé, eut communiqué avec lui. Il est donc possible que C ait appris les détails de la version de E grâce à ses contacts avec leur avocat commun. Les contradictions et les faussetés évidentes dans le témoignage de C rendent déraisonnable la conclusion à la crédibilité que le juge du procès a tirée. Un juge des faits, agissant de manière judiciaire, n'aurait pas pu reconnaître quelque bien-fondé aux prétentions de C ou de E. De plus, en tenant pour acquis que la preuve est admissible, le juge des faits est tenu d'apprécier la fiabilité de la preuve compte tenu de toutes les circonstances, dont la possibilité de collusion ou de collaboration. Compte tenu de l'importance cruciale que le juge du procès a accordée au témoignage de C, son omission de considérer la possibilité de collusion ou de collaboration découlant du «lien avec l'avocat» a, compte tenu des autres faiblesses du témoignage de C, rendu déraisonnables les déclarations de culpabilité relatives aux accusations d'agression sexuelle contre E et C.

En ce qui concerne les allégations de L, la nature étrange des agressions et le fait que, en dépit de l'utilisa-

his arms as a result of these assaults were never observed by other residents of the orphanage, despite the common use of communal showers, cause great concern about the reliability of L's evidence. Further, L was never asked to identify the accused during the trial but rather made a photographic identification — a most unsatisfactory method of identification in cases such as this, where the events in question are alleged to have occurred many years before the trial. The reliability of the photographic identification was further undermined by the evidence given by another complainant, who incorrectly identified the accused by using photographs that were similar to the ones used by L. The trial judge made no comment on the frailty of the identification evidence. Given the unsatisfactory nature of L's evidence in general, this uncritical reliance on the unorthodox identification evidence renders the conviction unreasonable.

Cases Cited

Referred to: *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257, dismissing the accused's appeal from his convictions for indecent assault and assault causing bodily harm (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289. Appeal allowed with respect to the convictions for

tion courante des douches communautaires, aucun autre pensionnaire de l'orphelinat n'avait jamais remarqué les escarres que L auraient eues aux aisselles par suite des agressions en cause, suscitent un doute énorme quant à la fiabilité du témoignage de ce dernier. De plus, personne n'a jamais demandé à L d'identifier l'accusé au cours du procès; il a plutôt fait une identification à l'aide de photographies — une méthode d'identification très insatisfaisante lorsque, comme en l'espèce, les événements en question se seraient produits de nombreuses années avant le procès. La fiabilité de l'identification à l'aide de photographies a été minée davantage par le témoignage d'un autre plaignant, qui a identifié incorrectement l'accusé à l'aide de photographies semblables à celles utilisées par L. Le juge du procès n'a fait aucun commentaire sur la faiblesse de la preuve d'identification. Étant donné la nature insatisfaisante du témoignage de L en général, le fait qu'on s'en soit remis aveuglément à cette preuve d'identification hétérodoxe rend la déclaration de culpabilité déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *R. c. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. c. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur et de voies de fait causant des lésions corporelles (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289. Pourvoi accueilli en

indecent assault. Appeal dismissed with respect to the conviction for assault causing bodily harm.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joanne R. Lysyk, and Brian Casey, for the appellant.

Wayne Gorman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. —

I. Introduction

1 The appellant in this case is Joseph Burke, a former Christian Brother at the Mount Cashel Orphanage in St. John's, Newfoundland. Mr. Burke was convicted at trial of three counts of indecent assault and one count of assault causing bodily harm. Each of the assaults for which Mr. Burke was convicted allegedly took place during the period in which he worked at the Mount Cashel Orphanage. The complainants, S.E., D.C. and K.L., were all residents of the Mount Cashel Orphanage during the relevant period.

2 The appellant raises two issues in appealing his convictions. First, the appellant argues that the manner in which the charges against him were pursued amounted to an abuse of process and a breach of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Secondly, the appellant argues that the trial judge's verdict was unreasonable in light of the evidence before her, and that the verdict should therefore be set aside. On the abuse of process issue, I respectfully agree with the decision of the Newfoundland Court of Appeal: (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257. In addition, I agree with the decisions reached in the courts below with respect to Mr. Burke's conviction for assault causing bodily harm on the complainant, E. With respect to the convictions for indecent assault upon E., C. and L., however, I must respectfully disagree with the trial judge ((1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289)

ce qui concerne les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté pour ce qui est de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles.

Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk, et Brian Casey, pour l'appellant.

Wayne Gorman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA —

I. Introduction

L'appelant en l'espèce, Joseph Burke, est un ancien frère des Écoles chrétiennes qui travaillait à l'orphelinat de Mount Cashel à St. John's (Terre-Neuve). Au terme de son procès, M. Burke a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation d'attentat à la pudeur et à un chef de voies de fait causant des lésions corporelles. Chacune des agressions dont M. Burke a été déclaré coupable aurait été commise au moment où il travaillait à l'orphelinat de Mount Cashel. Les plaignants, S.E., D.C. et K.L., résidaient tous, à l'époque pertinente, à l'orphelinat de Mount Cashel.

L'appelant soulève deux questions à l'appui de son pourvoi contre ses déclarations de culpabilité. Premièrement, il soutient que la façon dont on a donné suite aux accusations portées contre lui équivaut à un abus de procédure et à une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, il fait valoir que le verdict prononcé par le juge du procès était déraisonnable compte tenu de la preuve dont elle avait été saisie, et qu'il devrait donc être infirmé. En ce qui concerne l'abus de procédure, je me rallie, en toute déférence, à la décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve: (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, 365 A.P.R. 191, 88 C.C.C. (3d) 257. En outre, je suis d'accord avec les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure relativement à la déclaration de culpabilité de M. Burke quant aux voies de fait ayant causé des lésions corporelles au plaignant E. Cependant, en ce qui a trait aux déclara-

and the majority of the Newfoundland Court of Appeal. Instead, I would agree with Gushue J.A.'s dissent in the Court of Appeal and hold that Mr. Burke's convictions for indecent assault were unreasonable in light of the evidence at trial. As a result, I would hold that the convictions on these counts must be set aside pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

II. Review under Section 686(1)(a)(i)

Under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, a court of appeal may allow an appeal against conviction where the court is of the view that the verdict reached below was unreasonable in that it cannot be supported on the evidence. Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* provides as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, 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 standard of review under s. 686(1)(a)(i) was first established by this Court in *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275. At p. 282 of that decision, a majority of this Court determined that the question to be asked in reviewing the "reasonableness" of a verdict is

whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered.

Following this Court's decision in *Corbett*, some degree of confusion arose as to the appropriate standard of review where the "reasonableness" of a

rations de culpabilité d'attentat à la pudeur contre E., C. et L., je dois, en toute déférence, me dissocier du juge du procès ((1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 289, 287 A.P.R. 289) et des juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve. J'adhère plutôt à la dissidence du juge Gushue de la Cour d'appel et je conclus que les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur, prononcées contre M. Burke, étaient déraisonnables compte tenu de la preuve produite au procès. Je conclus donc que les verdicts de culpabilité relatifs à ces chefs d'accusation doivent être rejetés conformément au sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

II. Examen fondé sur le sous-al. 686(1)a)(i)

En vertu du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, une cour d'appel peut accueillir l'appel d'une déclaration de culpabilité si elle est d'avis que le verdict prononcé par le tribunal d'instance inférieure est déraisonnable du fait qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Voici le texte du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, 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. . .

La norme de contrôle applicable sous le régime du sous-al. 686(1)a)(i) a été établie par notre Cour dans *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275. À la page 282 de cet arrêt, notre Cour à la majorité a décidé qu'en examinant le «caractère raisonnable» d'un verdict, il fallait se demander

si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider 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.

L'arrêt *Corbett* de notre Cour a semé une certaine confusion quant à la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer lorsque le «caractère raisonnable»

verdict was in question. One possible interpretation of *Corbett* was that the court of appeal could only intervene where it took the view that no jury acting judicially could have possibly reached the verdict rendered at trial. Clearly, this interpretation of the *Corbett* decision set the standard of review so high that it was virtually unattainable. Another view of the *Corbett* decision was that a court of appeal could intervene in any case where no jury acting judicially could reasonably have reached the verdict rendered at trial. The confusion concerning the standard of review was finally settled by the unanimous Court in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168. In that case, McIntyre J. settled the issue as follows, at p. 185:

... to adopt literally the proposition that the appellate court could only consider whether the impugned verdict could possibly have been reached would render review on appeal under the subsection almost impossible. "Reasonably could have reached" must be the test, and from a reading of the whole of Pigeon J.'s judgment [in *Corbett*] I am of the view that it was what was intended. [Emphasis in original.]

As a result, the Court in *Yebes* concluded (at p. 185) that "curial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard".

4 In undertaking a review under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, the appellate court must carefully consider all of the evidence that was before the trier of fact. As I stated for a majority of this Court in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 915:

In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) the court is engaged in a review of the facts. The role of the Court of Appeal is to determine whether on the facts that were before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The court reviews the evidence that was before the trier of fact and after re-examining and, to some extent, reweighing the evidence, determines whether it meets the test.

As a result, it is only where the Court has considered all of the evidence before the trier of fact and determined that a conviction cannot be reasonably

ble» d'un verdict était en cause. Selon une interprétation de l'arrêt *Corbett*, la cour d'appel ne pouvait intervenir que si elle était d'avis qu'aucun jury agissant de façon judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict au procès. De toute évidence, cette interprétation de l'arrêt *Corbett* établissait une norme de contrôle si élevée qu'elle était pour ainsi dire inatteignable. Selon une autre interprétation de l'arrêt *Corbett*, une cour d'appel pouvait intervenir dans tous les cas où aucun jury agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement rendre ce verdict au procès. La confusion entourant la norme de contrôle a finalement été dissipée par l'arrêt unanime de notre Cour *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168. Dans cette affaire, le juge McIntyre règle la question de la façon suivante, à la p. 185:

... l'adoption littérale de la proposition que la Cour d'appel ne peut que se demander si le jury aurait peut-être pu rendre le verdict contesté aurait pour effet de rendre presque impossible la révision en appel aux termes du paragraphe. L'expression «aurait pu raisonnablement rendre» doit constituer le critère et d'après l'interprétation de l'ensemble du jugement du juge Pigeon [dans *Corbett*], je suis d'avis que c'est ce qui était visé.

En conséquence, la Cour a conclu, dans *Yebes* (à la p. 185), qu'«il doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable».

Lorsqu'elle entreprend un examen fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, la cour d'appel doit examiner minutieusement tous les éléments de preuve dont le juge des faits a été saisi. Comme je l'ai affirmé, au nom de notre Cour à la majorité dans *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 915:

Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i), la cour procède à un examen des faits. La fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si, 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.

Ainsi, ce n'est que si elle a tenu compte de toute la preuve soumise au juge des faits, et décidé qu'une déclaration de culpabilité ne peut pas s'appuyer

supported by that evidence that the court can invoke s. 686(1)(a)(i) and overturn the trial court's verdict.

According to this Court in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, special concerns arise in cases such as this where the alleged "unreasonableness" of the trial court's decision rests upon the trial judge's assessment of credibility. In these cases, the court of appeal must bear in mind the advantageous position of a trial judge in assessing the credibility of witnesses and the accused. As McLachlin J. stated in *W. (R.)*, at p. 131:

... in applying the test [under s. 686(1)(a)(i)] the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. This Court has repeatedly affirmed the importance of taking into account the special position of the trier of fact on matters of credibility: *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at pp. 465-66.

Despite the "special position" of the trial court in assessing credibility, however, the court of appeal retains the power, pursuant to s. 686(1)(a)(i), to reverse the trial court's verdict where the assessment of credibility made at trial is not supported by the evidence. As McLachlin J. stated in *W. (R.)*, at pp. 131-32:

... as a matter of law it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable.

Thus, although the appellate court must be conscious of the advantages enjoyed by the trier of fact, reversal for unreasonableness remains available under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* where the "unreasonableness" of the verdict rests on a question of credibility.

raisonnablement sur cette preuve, que la cour peut invoquer le sous-al. 686(1)a(i) et écarter le verdict du juge du procès.

Notre Cour a statué, dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, que des préoccupations particulières se manifestent dans les cas où, comme en l'espèce, le prétendu «caractère déraisonnable» de la décision rendue au procès tient à l'appréciation de la crédibilité par le juge du procès. La cour d'appel doit alors tenir compte de la position avantageuse dont jouit le juge du procès pour ce qui est d'apprécier la crédibilité des témoins et de l'accusé. Comme l'affirme le juge McLachlin dans *W. (R.)*, à la p. 131:

... dans l'application de ce critère [en vertu du sous-al. 686(1)a(i)], la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. À maintes reprises, notre Cour a souligné combien il était important de tenir compte de la position privilégiée du juge des faits relativement à des questions de crédibilité: *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, aux pp. 465 et 466.

En dépit de la «position privilégiée» dont jouit la cour de première instance pour ce qui est d'apprécier la crédibilité, la cour d'appel conserve toutefois, conformément au sous-al. 686(1)a(i), le pouvoir de rejeter le verdict de la cour de première instance lorsque son appréciation de la crédibilité ne s'appuie pas sur la preuve. Comme le mentionne le juge McLachlin dans l'arrêt *W. (R.)*, aux pp. 131 et 132:

... en droit, la cour d'appel conserve le pouvoir d'écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après avoir étudié l'ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable.

Ainsi, bien qu'elle doive être consciente des avantages dont jouit le juge des faits, la cour d'appel conserve, en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, le pouvoir de rejeter un verdict pour cause de caractère déraisonnable lorsque ce «caractère déraisonnable» tient à une question de crédibilité.

6 I acknowledge that this is a power which an appellate court will exercise sparingly. This is not to say that an appellate court should shrink from exercising the power when, after carrying out its statutory duty, it concludes that the conviction rests on shaky ground and that it would be unsafe to maintain it. In conferring this power on appellate courts to be applied only in appeals by the accused, it was intended as an additional and salutary safeguard against the conviction of the innocent.

7 Having carefully considered the above principles and reviewed the evidence, I have concluded that this is one of those rare instances where the trial court's assessments of credibility cannot be supported on any reasonable view of the evidence. While I am fully aware of the advantages enjoyed by the trier of fact, I am nonetheless persuaded that the trial court in the case arrived at an unreasonable verdict by accepting the evidence of the complainants E. and C. In my view, no properly instructed jury acting in a judicial manner could reasonably have accepted the claims of these complainants. My reasons for arriving at this conclusion are discussed at length below. The nature of review under s. 686(1)(a)(i) demands that I undertake a thorough review of the evidence of the complainants.

III. Evidence of S.E.

8 The complainant E. arrived at Mount Cashel in 1973 when he was six years old. He was sent to the orphanage at Mount Cashel with his brothers W. and R. after a most unfortunate breakup in their family. The brothers remained at Mount Cashel until 1987, with one temporary absence in 1975.

9 E. was one of the first Mount Cashel residents to make allegations of improper conduct concerning the Christian Brothers. In 1975, E. went to the police and described the brutal treatment that had been suffered by the residents of Mount Cashel.

Je reconnais que c'est un pouvoir qu'une cour d'appel va exercer avec circonspection. Cela ne signifie pas qu'une cour d'appel devrait s'abstenir de l'exercer lorsque, après s'être acquittée de son obligation légale, elle conclut que la déclaration de culpabilité repose sur une assise fragile et qu'il serait imprudent de la maintenir. En conférant aux cours d'appel ce pouvoir qui ne devait être exercé que dans le cadre d'un appel interjeté par un accusé, on a voulu créer une garantie additionnelle et salutaire contre les déclarations de culpabilité de personnes innocentes.

Après avoir soigneusement examiné les principes exposés ci-dessus et la preuve, j'en suis venu à la conclusion que nous sommes en présence d'un de ces cas peu communs où l'appréciation de la crédibilité par la cour de première instance ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve. Bien que je sois parfaitement conscient des avantages dont jouit le juge des faits, je suis néanmoins convaincu que la cour de première instance est arrivée à un verdict déraisonnable en acceptant le témoignage des plaignants E. et C. À mon avis, aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement accepter les prétentions de ces plaignants. Mes motifs à cet égard sont exposés en détail plus loin. La nature de l'examen fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(i) m'oblige à effectuer une analyse approfondie du témoignage des plaignants.

III. Le témoignage de S.E.

Le plaignant E. est arrivé à Mount Cashel en 1973 et il était alors âgé de six ans. Il a été confié à l'orphelinat de Mount Cashel avec ses frères W. et R. à la suite de l'éclatement fort malheureux de leur famille. Les frères sont demeurés à Mount Cashel jusqu'en 1987, après s'être absentes temporairement une seule fois, en 1975.

E. a été l'un des premiers pensionnaires de Mount Cashel à accuser d'inconduite les frères des Écoles chrétiennes. En 1975, E. est allé décrire à la police le traitement brutal dont avaient été victimes les pensionnaires de Mount Cashel. L'appelant

The appellant Joseph Burke was among the Christian Brothers implicated by E.'s allegations.

According to E., Joseph Burke had beaten him with such force that E. had required hospitalization. In addition, E. alleged that Burke had committed several indecent sexual acts. The details of these sexual activities appeared to become more scandalous and shocking each time that E. retold his story. E.'s allegations, coupled with allegations made by other Mount Cashel residents, eventually led the police to investigate activities at the orphanage. The investigation was short lived, however, and resulted only in the transfer of two of the Christian Brothers out of the orphanage.

In 1989, fourteen years after the first investigation had closed, E. came forward with startling new revelations concerning the apparently brutal treatment he had received at the hands of the Christian Brothers. As a result of E.'s claims, the investigation was eventually re-opened and E. was called to testify before a commission of inquiry (the Hughes Commission). During the course of this inquiry, it became apparent that at least some of E.'s claims regarding the Christian Brothers, particularly those concerning Mr. Burke, were gross exaggerations to say the least. Indeed, at least some of the allegations made by E. were eventually proved to have been completely false.

Prior to his appearance before the Commission of Inquiry, E. appeared on the widely viewed "Oprah Winfrey" television program. While being interviewed on that program, E. gave detailed descriptions of the forms of abuse that he had suffered at the hands of the Christian Brothers. Perhaps the most shocking of these allegations was E.'s claim that the Christian Brothers had repeatedly engaged in sexual intercourse with the children who were entrusted in their care. Needless to say, the public outrage resulting from E.'s claim was overwhelming.

When E. finally appeared before the Commission of Inquiry, it became clear that his claims of sexual intercourse between the orphans and

Joseph Burke était parmi les frères visés par les allégations de E.

E. a raconté que Joseph Burke l'avait battu avec une telle force qu'il avait dû être hospitalisé. Il a, en outre, allégué que Burke avait accompli, à maintes reprises, des actes sexuels indécents. Les détails de ces activités sexuelles ont paru devenir de plus en plus scandaleux et bouleversants chaque fois que E. réitérait sa version des faits. Les allégations de E., conjuguées à celles d'autres pensionnaires de Mount Cashel, ont finalement amené la police à enquêter sur les activités de l'orphelinat. L'enquête a cependant été de courte durée et n'a entraîné que le transfert de deux frères des Écoles chrétiennes.

En 1989, quatorze ans après la fin de la première enquête, E. a fait de nouvelles révélations ahurissantes concernant le traitement apparemment brutal que lui avaient fait subir les frères des Écoles chrétiennes. Ces révélations ont fini par déclencher la réouverture de l'enquête, et E. a été appelé à témoigner devant une commission d'enquête (la commission Hughes). Au cours de cette enquête, il est devenu manifeste qu'au moins certaines des allégations de E. concernant les frères des Écoles chrétiennes, en particulier celles qui visaient M. Burke, étaient, le moins que l'on puisse dire, des exagérations flagrantes. En fait, au moins une partie des allégations de E. se sont finalement révélées complètement fausses.

Avant sa comparution devant la commission d'enquête, E. a participé à la fort populaire émission télévisée «Oprah Winfrey». Pendant l'entrevue qu'il a accordée à cette émission, E. a décrit en détail les formes d'abus que lui avaient fait subir les frères des Écoles chrétiennes. Peut-être la plus bouleversante de ces allégations est celle où E. a prétendu que les frères des Écoles chrétiennes avaient eu, à maintes reprises, des rapports sexuels avec les enfants qui leur étaient confiés. Inutile de dire que cette allégation a suscité chez le public un vif sentiment d'indignation.

Lorsque E. a finalement comparu devant la commission d'enquête, il est devenu évident que ses allégations de rapports sexuels entre les

10

11

12

13

Christian Brothers were untrue. E. eventually admitted that the events he had described on "Oprah Winfrey" had simply never occurred. In explaining why he had invented the allegations in question, E. claimed to have been "tired" at the time the interview was conducted. The trial judge wisely refused to accept this feeble explanation.

14

The Hughes Commission uncovered further exaggerations and lies in the statements of E. For example, E. had claimed during an interview that Burke had beaten him with a belt buckle to the point that he required hospitalization. It would be generous to call this claim a gross exaggeration. While E. did visit a hospital following an instance of discipline at the hands of Joseph Burke, subsequent evidence revealed that this visit to the hospital was little more than a check-up, and that no treatment was prescribed by the attending physician (Transcript of the trial proceedings, vol. IX, at pp. 1115-16). In addition, E. claimed that the beating administered by Burke had left him cut, bruised and bleeding, and had produced visible scabs. Although it appears that excessive force may have been used by Mr. Burke in disciplining E., the medical reports prepared by the doctor examining E. make it clear that no cuts or scabs were produced by the beating. While this does not lessen Burke's degree of fault for having used excessive force, it does serve to contradict several statements made by E., including his claims that other Mount Cashel residents had noticed the cuts and abrasions that were inflicted at the hands of Joseph Burke.

15

Several of E.'s "clear memories" of the goings-on at Mount Cashel appear to have been complete fabrications. For example, during one interview, E. claimed that he had received a teddy bear from the Christian Brothers in order to prevent him from telling authorities of the abuse that he had suffered. Like many of E.'s claims, the "teddy bear" story later proved to be at best an exaggeration. In testimony at Joseph Burke's trial, E. admitted that while he may have received a teddy bear at some

orphelins et les frères des Écoles chrétiennes étaient fausses. E. a fini par admettre que les événements qu'il avait décrits à l'émission «Oprah Winfrey» ne s'étaient simplement jamais produits. Il a expliqué les avoir inventés parce qu'il était «fatigué» au moment de l'entrevue. Le juge du procès a judicieusement refusé d'accepter cette explication de peu de valeur.

La commission Hughes a décelé d'autres exagérations et mensonges dans les déclarations de E. Par exemple, E. avait prétendu, au cours d'une entrevue, que Burke l'avait battu à l'aide d'une boucle de ceinture, au point qu'il avait dû être hospitalisé. Il serait euphémique de qualifier cette prétention d'exagération flagrante. Si E. s'est bel et bien rendu à l'hôpital après avoir été puni par Joseph Burke, une preuve subséquente a révélé que cette visite à l'hôpital n'était guère plus qu'un examen de santé, et que le médecin traitant n'avait prescrit aucun traitement (transcription des procédures du procès, vol. IX, aux pp. 1115 et 1116). De plus, E. a prétendu que les coups assenés par Burke lui avaient causé des coupures, des ecchymoses et des saignements, et avaient produit des escarres visibles. Même s'il appert que M. Burke peut avoir exercé une force excessive en punissant E., les rapports médicaux rédigés par le médecin qui a examiné E. indiquent clairement que les coups n'ont causé aucune coupure ni aucune escarre. Bien qu'elle n'atténue pas la faute commise par Burke en exerçant une force excessive, cette preuve vient contredire plusieurs déclarations de E., dont ses prétentions que d'autres pensionnaires de Mount Cashel avaient remarqué les coupures et les égratignures qui lui avaient été infligées par Joseph Burke.

Plusieurs des «souvenirs précis» de E. concernant les événements survenus à Mount Cashel paraissent avoir été de pures inventions. Par exemple, au cours d'une entrevue, E. a prétendu que les frères des Écoles chrétiennes lui avaient offert un ourson en peluche pour l'empêcher de révéler aux autorités les abus dont il avait été victime. À l'instar de nombreuses allégations de E., l'histoire de l'«ourson en peluche» s'est, par la suite, révélée être, au mieux, une exagération. Lors

point during his stay at Mount Cashel, the gift had nothing to do with any instances of abuse. Another of E.'s "clear memories" of abuse at the orphanage concerned a particular instance when Joseph Burke had used a "Levi belt" to administer a beating. E. gave a vivid description of the belt, stating that he clearly remembered the buckle as well as the "Levi inscription" on the belt. E. further claimed that he had been forced to hand the belt to Mr. Burke before the beating. However, when E. initially reported the beating in question to the police, he claimed that he had been beaten with a stick. No acceptable explanation for this contradictory evidence has been given.

During the course of the Hughes Inquiry, as well as in his statement of claim in a civil action against the appellant, E. claimed that group beatings of the Mount Cashel children took place whenever a teacher sent a note to the Christian Brothers to inform them that the children had misbehaved. According to E., the notes and subsequent beatings took place on a daily basis, and were a part of the regular routine at Mount Cashel. At trial, however, E.'s teacher gave evidence that notes concerning the boys' behaviour had only been sent to the Christian Brothers on one or two occasions. This evidence was unchallenged, clearly proving that the allegedly "daily" beatings that were described by E. had occurred, if at all, on no more than two occasions. When faced with this contradictory evidence at trial, E. retreated from his earlier claims and admitted that he could no longer allege that beatings had occurred on a daily basis (Transcript of the trial proceedings, vol. IX., at p. 1106).

E. graphically described several other instances of abuse at the hands of Joseph Burke. At trial, E. claimed that Mr. Burke would come to his bunk every night except for Saturday, make the sign of

de son témoignage au procès de Joseph Burke, E. a admis que, bien qu'il puisse avoir reçu un ourson en peluche à un certain moment au cours de son séjour à Mount Cashel, ce cadeau n'avait rien à voir avec quelque abus que ce soit. Un autre «souvenir précis» que E. avait des abus subis à l'orphelinat, était celui du cas particulier où Joseph Burke avait utilisé une «ceinture Levi» pour le battre. E. a donné une description précise de la ceinture, déclarant qu'il se rappelait parfaitement la boucle, de même que l'inscription «Levi» sur la ceinture. E. a, en outre, prétendu qu'il avait été contraint de remettre la ceinture à M. Burke avant d'être battu. Toutefois, lorsque E. a signalé pour la première fois cet épisode à la police, il a prétendu avoir été battu à coups de bâton. Aucune explication acceptable n'a été fournie au sujet de ce témoignage contradictoire.

À l'enquête Hughes, de même que dans la déclaration qu'il a déposée dans le cadre d'une action intentée au civil contre l'appelant, E. a prétendu que des enfants de Mount Cashel étaient battus collectivement chaque fois qu'un enseignant faisait parvenir aux frères des Écoles chrétiennes une note les informant d'un mauvais comportement de leur part. Selon E., les notes et les corrections qui s'ensuivaient étaient des événements quotidiens et courants à Mount Cashel. Au procès, toutefois, l'enseignant de E. a témoigné que ce n'est qu'à une ou deux reprises seulement qu'une note avait été envoyée aux frères des Écoles chrétiennes concernant le comportement des garçons. Ce témoignage n'a pas été mis en doute, ce qui prouve clairement que les corrections qui auraient été administrées «quotidiennement» et que E. a décrites ne peuvent avoir eu lieu qu'à deux reprises tout au plus. Confronté à ce témoignage contradictoire au procès, E. est revenu sur ses prétentions antérieures et a admis ne plus pouvoir alléguer que des corrections avaient été administrées quotidiennement (transcription des procédures du procès, vol. IX, à la p. 1106).

E. a décrit de façon détaillée plusieurs autres cas d'abus de la part de Joseph Burke. Au procès, il a allégué que M. Burke avait l'habitude de se rendre à son lit toutes les nuits, sauf le samedi, de faire le

the cross and fondle E. all over his body. E. subsequently altered his allegation, and stated that these instances of "fondling" occurred less frequently than he had initially claimed. However, subsequent evidence given at trial, including the testimony of E.'s brother W., made it clear that the episodes in question could not have occurred at all, as E.'s bed was in plain view of many other children in the dorm, none of whom claimed to have witnessed the "nightly" fondling. Indeed, residents of E.'s dormitory came forward and testified at trial that such instances of abuse had never happened, as they would have been readily observed by the many children whose beds were in close proximity to E.'s.

18

Another shocking claim made by E. concerned instances of sexual intercourse between the children at Mount Cashel. According to E., during the time he spent at the orphanage he had occasionally engaged in sexual intercourse with other children. In addition, E. claimed that at least one of the episodes in question had been observed by Christian Brothers who made no effort to prevent this kind of behaviour. Like almost all of E.'s testimony, this evidence was later contradicted by the unchallenged evidence of other witnesses. For example, the other children with whom E. claimed to have had intercourse denied that the incidents in question had ever occurred. In addition, one of the Christian Brothers whom E. had "clearly remembered" as having observed a particular instance of sexual contact between the children clearly established that he was nowhere near Mount Cashel at the time of the incident in question.

19

The final instance of abuse alleged by E. involved an occasion when the appellant was required to apply an ointment to E.'s legs in order to stave off a chicken pox infection. According to E., all of the Mount Cashel orphans (other than C.) had fallen victim to the chicken pox and required the application of an ointment to the affected parts of their body. E. further testified that the only part of his body that was affected by the disease was the upper part of his legs. Mr. Burke, who was in

signe de croix et de lui caresser tout le corps. E. a, par la suite, modifié son allégation en affirmant que ces «caresses» avaient été moins fréquentes qu'il l'avait d'abord prétendu. Toutefois, des témoins entendus plus tard au procès, dont W., le frère de E., ont clairement affirmé que les épisodes en question ne pouvaient s'être produits puisque plusieurs autres enfants, dans le dortoir, pouvaient voir facilement le lit de E., et qu'aucun d'eux n'avait prétendu avoir été témoin de ces caresses «nocturnes». En fait, des pensionnaires du dortoir de E. sont venus témoigner au procès que de tels abus ne s'étaient jamais produits, étant donné qu'ils auraient pu être observés par les nombreux enfants dont le lit était situé près de celui de E.

Une autre allégation bouleversante de E. voulait que les enfants de Mount Cashel aient eu des rapports sexuels entre eux. E. a affirmé que, pendant qu'il était à l'orphelinat, il avait eu, à l'occasion, des rapports sexuels avec d'autres enfants. Il a prétendu, en outre, que des frères des Écoles chrétiennes avaient été témoins de ces événements à au moins une occasion et qu'ils n'avaient alors rien fait pour empêcher ce genre de comportement. Comme presque la totalité du témoignage de E., cette preuve a, par la suite, été contredite par les dépositions incontestées d'autres témoins. Par exemple, les autres enfants avec qui E. soutient avoir eu des rapports sexuels ont nié que les incidents en question se soient jamais produits. De plus, l'un des frères des Écoles chrétiennes qui, selon ce que E. se «rappelait nettement», avait observé un cas particulier de contacts sexuels entre les enfants, a clairement établi qu'il n'était pas dans les environs de Mount Cashel au moment de l'incident en question.

Le dernier cas d'abus mentionné par E. était celui où l'appelant avait dû enduire les jambes de E. d'une pommade afin d'enrayer une attaque de varicelle. Selon E., tous les orphelins de Mount Cashel (à l'exception de C.) avaient été victimes de la varicelle et il avait fallu leur appliquer une pommade sur les parties atteintes de leur corps. E. a, en outre, témoigné que seule la partie supérieure de ses jambes était atteinte de ce mal. Monsieur Burke, qui était responsable du dortoir de E., avait

charge of the dormitory in which E. resided, was charged with the duty of applying the ointment to E. The ointment was applied in Burke's private office within the dorm. As a result, no one other than Burke and E. observed the application of the ointment.

According to E., Burke applied the "chicken pox ointment" not only to E.'s legs, but also to his penis and his buttocks. As noted above, the chicken pox infection only affected E.'s legs, so there would seem to be no reason to apply the ointment elsewhere on his body. According to E., however, the appellant claimed that the application of ointment to E.'s buttocks was required in order to prevent the spreading of the pox. E. further alleged that Burke had inserted his finger into E.'s rectum while applying the chicken pox ointment, once again claiming that this was necessary to prevent the pox from spreading. Not surprisingly, these allegations were vehemently denied by Mr. Burke.

As noted above, Mr. Burke applied the ointment to E. in a private office within the orphanage. As a result, unlike the other instances of abuse alleged by E., the "chicken pox" incident could not be disproved by observations made by other Mount Cashel residents.

Whatever one may claim about E., it is clear that he has a vivid imagination. When faced with the many inconsistencies and blatant falsehoods in E.'s evidence, the trial judge rightly concluded that E. was not a credible witness. According to the trial judge, the many lies and exaggerations in E.'s evidence caused her to "wonder where the core of truth is and where the exaggeration begins" (p. 299). In my opinion, the trial judge should have considered an even more fundamental question, namely whether or not there was any core of truth to E.'s claims.

As a result of her doubts concerning E.'s veracity, the trial judge came to the sensible conclusion that E.'s claims could not be accepted without some form of corroboration. While most of E.'s

la tâche d'appliquer la pommade sur le corps de ce dernier. Il l'a fait dans son bureau privé situé dans le dortoir, de sorte que seuls lui et E. ont été témoins de cet incident.

Selon E., Burke a appliqué la «pommade contre la varicelle» non seulement sur ses jambes, mais également sur son pénis et ses fesses. Tel que souligné antérieurement, seules les jambes de E. étaient atteintes de la varicelle, de sorte qu'il ne semblait y avoir aucune raison d'appliquer la pommade ailleurs sur son corps. Selon E., toutefois, l'appelant a prétendu que l'application de la pommade sur ses fesses était nécessaire pour éviter que la varicelle ne se propage. E. a, en outre, allégué que Burke lui avait introduit le doigt dans le rectum en appliquant la pommade contre la varicelle, en soutenant encore une fois que cela était nécessaire pour empêcher la varicelle de se propager. Il n'est pas étonnant que M. Burke ait nié ces allégations avec véhémence.

Tel que souligné plus haut, M. Burke a appliqué la pommade à E. dans un bureau privé situé dans l'orphelinat. En conséquence, contrairement aux autres cas d'abus allégués par E., l'incident de la «varicelle» ne pouvait être réfuté par les observations d'autres pensionnaires de Mount Cashel.

Peu importe ce qu'on dira de E., il a de toute évidence l'imagination fertile. Devant les nombreuses faussetés et contradictions flagrantes relevées dans le témoignage de E., le juge du procès a eu raison de conclure que E. n'était pas un témoin crédible. Selon le juge du procès, les nombreux mensonges et exagérations relevés dans le témoignage de E. l'ont amenée à [TRADUCTION] «se demander où finit la vérité et où commence l'exagération» (p. 299). À mon avis, le juge du procès aurait dû se poser une question encore plus fondamentale, à savoir s'il y avait quelque fond de vérité dans les allégations de E.

Parce qu'elle avait des doutes sur la véracité des allégations de E., le juge du procès a judicieusement conclu qu'elles ne pourraient pas être acceptées sans être corroborées de quelque manière que

20

21

22

23

claims were either positively disproved or unsupported by the evidence, the trial judge found corroboration for the "chicken pox incident" described by E. The corroboration in question came from C., another former resident of Mount Cashel. The supposedly corroborative evidence of C. is analyzed below.

IV. Evidence of D.C.

24 C. arrived at Mount Cashel at the age of 5 or 6, and was a resident of the orphanage during the same period as E. C. moved into the orphanage with his two brothers in 1970 or 1971 as a result of the death of his mother. C. remained a resident of the orphanage until he was 14 years old, when he was finally ejected from Mount Cashel for dishonesty and theft.

25 As noted above, C. was the one Mount Cashel resident who was not afflicted with chicken pox at the time that E. was suffering from the disease. However, C. testified at Mr. Burke's trial that he was suffering from some form of skin disorder which also required the application of ointment to his legs. Like E., C. testified that Joseph Burke had applied the ointment not only to his legs, but also to his penis and buttocks which were not affected by the disorder. Like E., C. claimed that Burke had explained the application of the ointment to those areas by claiming that it was necessary to prevent the spread of the rash. Finally, C. claimed that Burke had placed his finger in C.'s rectum while treating him with the ointment, once again claiming that this was required to prevent the skin disease from spreading.

26 According to the trial judge, C.'s account of Burke's application of ointment to his penis, buttocks and rectum was sufficiently similar to the claims of E. to constitute valid corroboration of E.'s earlier testimony. As a result, the trial judge accepted the accounts of the "ointment incidents" given by C. and E., and accordingly convicted the accused of indecent assault in relation to those incidents.

ce soit. Bien que la plupart des allégations de E. aient été réfutées catégoriquement ou n'aient pas été appuyées par la preuve, le juge du procès a conclu que l'«incident de la varicelle» décrit par E. avait été corroboré. C'est C., un autre ancien pensionnaire de Mount Cashel, qui a été l'auteur de cette corroboration. Le témoignage censément corroborant de C. est analysé ci-après.

IV. Le témoignage de D.C.

Arrivé à Mount Cashel à l'âge de 5 ou 6 ans, C. a été pensionnaire à l'orphelinat pendant la même période que E. C. est entré à l'orphelinat en compagnie de ses deux frères en 1970 ou 1971, à la suite du décès de sa mère. Il y est resté jusqu'au moment où, à l'âge de 14 ans, il a été expulsé pour cause de malhonnêteté et de vol.

Tel que noté plus haut, C. est le seul pensionnaire de Mount Cashel qui n'a pas été atteint de varicelle à l'époque où E. en souffrait. Cependant, C. a témoigné au procès de M. Burke qu'il souffrait d'une certaine forme d'affection cutanée aux jambes qui nécessitait elle aussi l'application d'une pommade. À l'instar de E., C. a témoigné que Joseph Burke avait appliqué la pommade non seulement sur ses jambes, mais également sur son pénis et ses fesses qui n'étaient pas atteints. Comme E., C. a prétendu que Burke avait expliqué que l'application de la pommade sur ces parties de son corps était nécessaire pour empêcher l'éruption de se propager. Enfin, C. a prétendu que Burke lui avait introduit le doigt dans le rectum au moment d'appliquer la pommade, alléguant encore une fois que cela était nécessaire pour empêcher que l'affection cutanée ne se propage.

Selon le juge du procès, le récit de C. concernant l'application par Burke d'une pommade sur son pénis, ses fesses et son rectum était suffisamment semblable aux prétentions de E. pour corroborer valablement le témoignage antérieur de ce dernier. Le juge du procès a donc accepté les récits de C. et E. concernant les «incidents de la pommade», et a, en conséquence, déclaré l'accusé coupable d'attentat à la pudeur relativement à ces incidents.

At first glance, the evidence of C. does appear to be “strikingly similar” to, and accordingly corroborative of, the account of the “chicken pox” incident given by E. However, the more closely one examines the evidence given by C., as well as the character of C. himself, the less “corroborative” his evidence seems to be.

As noted above, C. was ejected from Mount Cashel for dishonesty and theft. However, the extent of C.’s dishonesty goes far deeper than isolated instances of childhood petty larceny. In fact, during the time he spent at Mount Cashel, C. was placed in a psychiatric ward of the Janeway Hospital where he was treated for a chronic stealing problem.

Obviously, the fact that C. has had trouble remaining honest does not necessarily mean that his testimony at trial was untrue. However, critical inconsistencies in his testimony further erode the “corroborative value” of his evidence.

When C. first reported the “ointment” incident, he alleged that it had taken place when he was six or seven years old. This would have placed the incident sometime within 1971 or ’72. Hospital records confirm that C. was admitted to Janeway hospital in 1972 for a skin condition on his legs. When further questioned regarding the time at which the incident took place, C. re-affirmed his earlier claims, agreeing that he remembered the incident as having occurred “some considerable time” before the 1975 police investigation into the Mount Cashel affair.

After C.’s initial testimony regarding the “ointment incident”, it was later pointed out that Joseph Burke had not been present at the orphanage during the period in which the incident was alleged to have taken place. In fact, Mr. Burke did not arrive in Newfoundland until some time in 1974; at least two years after the “ointment incident” described by C. While C. never departed from his statement that he recalled that he was six or seven, he ventured the opinion that he was nine or ten after apparently having been told that Burke was not in

À première vue, le témoignage de C. paraît effectivement avoir une «ressemblance frappante» avec le récit de E. concernant l’incident de la «varicelle», et donc le corroborer. Toutefois, plus on examine de près le témoignage de C., de même que la moralité de C. lui-même, moins son témoignage semble être «corroborant».

Comme nous l’avons vu, C. a été expulsé de Mount Cashel pour cause de malhonnêteté et de vol. Toutefois, la malhonnêteté de C. va beaucoup plus loin que des cas isolés de larcins commis pendant l’enfance. En fait, au cours de la période passée à Mount Cashel, C. a été confié à l’aile psychiatrique de l’hôpital Janeway, où il a été traité pour kleptomanie.

Il est évident que le fait que C. ait eu du mal à rester honnête ne signifie pas nécessairement que son témoignage au procès n’était pas véridique. Cependant, les contradictions cruciales relevées dans son témoignage en minent d’autant la «valeur corroborante».

Lorsque C. a signalé, pour la première fois, l’incident de la «pommade», il a allégué qu’il était âgé de six ou sept ans lorsque cet incident est survenu. L’incident se serait donc produit en 1971 ou en 1972. Les dossiers de l’hôpital confirment que C. a été admis à l’hôpital Janeway en 1972 pour des problèmes cutanés aux jambes. Lorsqu’il a été interrogé davantage sur le moment de l’incident, C. a réitéré ce qu’il avait déjà dit, convenant qu’il se rappelait que l’incident s’était produit [TRADUCTION] «un bon moment» avant l’ouverture, en 1975, de l’enquête policière sur les activités de Mount Cashel.

Après le témoignage initial de C. concernant l’«incident de la pommade», on a par la suite souligné que Joseph Burke n’était pas à l’orphelinat au moment où l’incident se serait produit. En fait, M. Burke n’est arrivé à Terre-Neuve qu’en 1974, soit au moins deux ans après l’«incident de la pommade» décrit par C. Bien que ce dernier ait constamment maintenu qu’il se souvenait être âgé de six ou sept ans, il s’est risqué à affirmer, après avoir apparemment été informé que Burke n’était pas à Terre-Neuve à l’époque, qu’il était alors âgé

27

28

29

30

31

Newfoundland at the time. The following is his evidence-in-chief:

Q. Do you know when it was that this happened, that you had to go and get a prescription for the rash on your legs?

A. I don't understand the question.

Q. About how old were you when that happened?

A. Well, I thought I was younger when I gave earlier testimony, but since, I think I was nine or ten.

Q. All right. Could you tell us what your memory of your age was when these incidents happened?

A. I thought I was about six or seven years old.

On cross-examination he gave the following answers:

Q. And you have told us today about an incident in which you were assaulted while Brother Burke was applying some ointment to your legs.

A. Yes.

Q. And I think you said that your recollection was that this happened to you when you were about six or seven years old.

A. Yes.

32 Aside from inconsistencies regarding the "ointment" incident, there were several other "frailties" in the evidence given by C. For example, C. alleged that Burke had forced him to punch another boy in the back of the head for no apparent reason. This account was later challenged by other Mount Cashel residents who had witnessed the event described by C. According to these eyewitnesses, Burke had merely happened upon a fight between the children. The testimony of these eyewitnesses was unchallenged.

33 Obviously, C. is not the kind of witness the prosecution would hope for when bringing a case to trial. His history of chronic dishonesty, coupled with the inconsistencies in his testimony, clearly make him a less than credible witness. If there were ever a witness upon whose evidence it is

de neuf ou dix ans. Voici un passage de son témoignage en interrogatoire principal:

[TRADUCTION]

Q. Savez-vous à quel moment cela s'est produit, à quel moment vous avez dû aller vous chercher une prescription pour l'éruption cutanée sur vos jambes?

R. Je ne comprends pas la question.

Q. Quel âge aviez-vous environ lorsque cela s'est produit?

R. Bien, quand j'ai témoigné précédemment, je croyais que j'étais plus jeune, mais je crois maintenant que j'avais neuf ou dix ans.

Q. Très bien. Pourriez-vous nous dire quel âge vous croyiez avoir lorsque ces incidents se sont produits?

R. Je croyais que j'avais six ou sept ans.

Lors du contre-interrogatoire, il a donné les réponses suivantes:

[TRADUCTION]

Q. Et vous nous avez parlé aujourd'hui d'un incident au cours duquel vous avez été agressé au moment où le frère Burke appliquait une pommade sur vos jambes.

R. Oui.

Q. Et je crois que vous avez dit que, selon ce que vous vous rappelez, vous étiez âgé de six ou de sept ans lorsque cela s'est produit.

R. Oui.

Mises à part les contradictions concernant l'incident de la «pommade», le témoignage de C. accusait plusieurs autres «faiblesses». Par exemple, C. a allégué que Burke l'avait forcé à frapper un autre garçon derrière la tête sans aucune raison apparente. Ce récit a par la suite été mis en doute par d'autres pensionnaires de Mount Cashel qui avaient observé l'incident décrit par C. Selon ces témoins, Burke est simplement arrivé par hasard sur les lieux d'une bagarre entre les enfants. La déposition de ces témoins oculaires n'a pas été contestée.

De toute évidence, C. n'est pas le genre de témoin que la poursuite recherche lorsqu'elle porte une affaire devant un tribunal. Ses antécédents de malhonnêteté chronique, conjugués aux contradictions relevées dans son témoignage, en font certainement un témoin moins que crédible. S'il est un

unsafe to rely as the basis for a conviction, C. must be that witness. However, factors going beyond C.'s credibility should also have prevented the trial judge from using C.'s evidence to corroborate that of E. Perhaps the greatest impediment to any possible "corroborative value" in C.'s evidence concerns the manner in which he came forward with his claims against the appellant.

When the police investigation into the Mount Cashel affair was reopened, C., like many Mount Cashel residents, was contacted by police who sought to determine whether or not he knew anything that could help the investigation. C. refused to speak with the police, claiming that he had nothing to say regarding the Christian Brothers. It was not until July 1989 that C. first came forward with his allegations of abuse at the hands of the accused.

According to the evidence given at trial, C.'s sudden urge to come forward with his claims was prompted by a call from Harry Kopyto, a lawyer who at the time was a member of the bar in Ontario. Mr. Kopyto had already been retained by E. for the purpose of carrying out a civil action against the accused. C.'s "strikingly similar" accounts of abuse at the hands of the appellant did not arise until after he had been contacted by Kopyto, giving rise to the strong possibility that C. had been informed of the facts alleged by E. prior to coming forward with his story. C. also had the opportunity of learning the details of E.'s claims through the media, as at least one local newspaper had graphically described E.'s account of the "chicken pox incident". As a result, there was clearly a possibility that C. merely parroted E.'s widely reported claims, or tailored his evidence to coincide with that of E. as a result of conversations with their common lawyer Kopyto. There was no finding by the trial judge excluding the latter possibility.

Notwithstanding the many weaknesses in the evidence given by C., the trial judge found C. to be a credible witness. According to the trial judge,

témoin sur la déposition duquel il est risqué de fonder une déclaration de culpabilité, c'est bien C. Cependant, d'autres facteurs allant au-delà de la crédibilité de C. auraient dû également dissuader le juge du procès de se servir du témoignage de C. pour corroborer celui de E. C'est peut-être en raison surtout de la manière dont il a fait ses allégations contre l'appelant que le témoignage de C. perd toute «valeur corroborante».

Lors de la réouverture de l'enquête policière sur les activités de Mount Cashel, la police a communiqué avec C., en plus de nombreux autres pensionnaires de Mount Cashel, pour tenter de déterminer s'il savait quoi que ce soit qui puisse faire avancer l'enquête. C. a refusé de parler à la police, affirmant qu'il n'avait rien à dire concernant les frères des Écoles chrétiennes. Ce n'est qu'en juillet 1989 que C. a allégué, pour la première fois, avoir été victime d'abus de la part de l'accusé.

Suivant son témoignage au procès, C. a soudainement ressenti le besoin de faire ses allégations à la suite d'un appel de Harry Kopyto, un avocat qui, à l'époque, était membre du barreau de l'Ontario. E. avait déjà retenu les services de M^e Kopyto aux fins d'intenter une action au civil contre l'accusé. C. a fait un récit, d'une «ressemblance frappante», des abus dont il avait été victime de la part de l'appelant, seulement après que Kopyto eut communiqué avec lui, d'où la forte possibilité que C. ait été informé des faits allégués par E. avant de donner sa version des faits. C. avait également eu l'occasion de prendre connaissance des détails des allégations de E. grâce aux médias puisqu'au moins un journal de l'endroit avait publié en détail le récit de E. concernant l'«incident de la varicelle». Par conséquent, il était manifestement possible que C. n'ait fait que répéter les allégations largement diffusées de E., ou que, par suite de conversations tenues avec leur avocat commun Kopyto, il ait adapté son témoignage de manière à le faire concorder avec celui de E. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion excluant cette dernière possibilité.

En dépit des nombreuses faiblesses du témoignage de C., le juge du procès a conclu que ce dernier était un témoin crédible. Selon le juge du pro-

34

35

36

C.'s "impreciseness respecting dates" did not "lessen his credibility" (p. 298). In addition, the trial judge found that C.'s past dishonesty did not bring C.'s credibility into question. As a result, the trial judge accepted C.'s evidence and found it to corroborate the evidence of E. in respect of the "ointment incident". The accused was therefore convicted of having indecently assaulted both complainants. It is significant that the trial judge was not prepared to accept E.'s evidence except in respect of the one incident which was, in her view, corroborated by C.

37 In my view, the obvious inconsistencies and falsehoods in the testimony of C. render the trial judge's finding of credibility unreasonable. I simply cannot accept that any trier of fact, acting judicially, could have found any merit in the claims of either C. or E. Moreover, given the frailties in the evidence of these two witnesses and the strong possibility of collusion, reliance by the trial judge on the evidence of C. to corroborate E.'s testimony was unreasonable.

38 In finding that there was no collaboration between the complainants C. and E., the trial judge stressed the fact that C. had never had access to the newspaper reports in which E.'s statements had appeared. Because there was nothing in the evidence to suggest that C. had learned the details of E.'s allegations through the media, the trial judge held that C.'s account of abuse had not been tainted by prior knowledge of the statements made by E. With respect, this ignores the possibility that C. may have learned the details of E.'s story through contact with their common lawyer, Harry Kopyto. The trial judge appears to have failed to notice that both complainants had been in contact with Kopyto. Without referring to the obvious possibility of contact through a common lawyer, the trial judge took the view that there was "no evidence that prior to [S.E.] or [D.C.] making their respective complaints to the police there was any contact between the two" (p. 300). Clearly, contact between the complainants and Harry Kopyto constitutes evidence of possible contact between the

cès, [TRADUCTION] «l'imprécision [de C.] concernant les dates» n'a pas «min[é] sa crédibilité» (p. 298). En outre, le juge du procès a conclu que la malhonnêteté dont C. avait fait preuve dans le passé ne mettait pas en cause sa crédibilité. En conséquence, elle a accepté le témoignage de C. et conclu qu'il corroborait celui de E. relativement à l'«incident de la pommade». L'accusé a, par conséquent, été déclaré coupable d'attentat à la pudeur contre les deux plaignants. Il est significatif que le juge du procès n'ait pas été disposée à accepter le témoignage de E., sauf relativement à l'incident qui, à son avis, était corroboré par C.

À mon avis, les contradictions et les faussetés évidentes dans le témoignage de C. rendent déraisonnable la conclusion à la crédibilité que le juge du procès a tirée. Je ne puis tout simplement pas admettre qu'un juge des faits, agissant de manière judiciaire, aurait pu reconnaître quelque bien-fondé aux prétentions de C. ou de E. De plus, étant donné les faiblesses de leur témoignage et la forte possibilité qu'il y ait eu collusion, il était déraisonnable que le juge du procès se serve du témoignage de C. pour corroborer celui de E.

En concluant qu'il n'y a eu aucune collaboration entre les plaignants C. et E., le juge du procès a souligné que C. n'avait jamais eu accès aux articles de journaux dans lesquels les déclarations de E. avaient été publiées. Parce que rien, dans le témoignage, ne laissait entendre que C. avait pris connaissance des détails des allégations de E. grâce aux médias, le juge du procès a conclu que le récit que C. avait fait au sujet des abus dont il aurait été victime n'avait pas été vicié par le fait qu'il était déjà au courant des déclarations de E. En toute déférence, cela ne tient pas compte de la possibilité que C. ait appris les détails de la version de E. grâce à ses contacts avec leur avocat commun, Harry Kopyto. Le juge du procès ne paraît pas avoir remarqué que les deux plaignants avaient été en contact avec Kopyto. Sans mentionner la possibilité évidente qu'ils soient entrés en contact par l'intermédiaire de leur avocat commun, le juge du procès s'est dite d'avis qu'il n'y avait [TRADUCTION] «aucune preuve que [S.E.] et [D.C.] [étaient] entrés en contact avant de déposer leurs plaintes

complainants, or at least the possibility that C. was exposed to the details of E.'s allegations. Obviously, this raises a risk or possibility that C.'s claims against the accused arose from his knowledge of the statements made by E.

There is a considerable body of authority to the effect that when an issue of the possibility of collusion or collaboration is raised, evidence of similar acts should not be admitted absent a finding by the trial judge that there is no real possibility of collusion or collaboration. See *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 364-65, and *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (H.C. Austr.).

In *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 444, Lord Wilberforce stated that where a real possibility of collusion can be found:

... something much more than mere similarity and absence of proved conspiracy is needed if this evidence is to be allowed. This is well illustrated by *Reg. v. Kilbourne* [1973] A.C. 529 where the judge excluded "intra group" evidence because of the possibility, as it appeared to him, of collaboration between boys who knew each other well. This is, in my respectful opinion, the right course rather than to admit the evidence unless a case of collaboration or concoction is made out. [Emphasis in original.]

As a result of its more recent decisions in *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447, and *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596, the House of Lords is now of the view that, generally, the possibility of collusion is not a factor to be applied by the trial judge in determining the admissibility of this type of evidence. This Court has not decided the question although it was my view in my dissent in *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, that before similar fact evidence is admitted, the risk of collusion must be negated by a finding by the trial

respectives à la police» (p. 300). Il est clair que le fait que les plaignants soient entrés en contact avec Harry Kopyto établit la possibilité que les plaignants aient été en contact, ou à tout le moins que C. ait eu connaissance des détails des allégations de E. De toute évidence, il en résulte un risque ou une possibilité que C. ait fait les allégations contre l'accusé après avoir pris connaissance des déclarations de E.

Il existe une jurisprudence et une doctrine abondantes voulant que, lorsque la question d'une possibilité de collusion ou de collaboration se pose, il n'y ait pas lieu d'admettre une preuve d'actes similaires si le juge du procès n'a pas conclu à l'absence de possibilité réelle de collusion ou de collaboration. Voir *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), aux pp. 364 et 365, et *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (H.C. Austr.).

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), à la p. 444, lord Wilberforce affirme que lorsqu'on peut conclure à l'existence d'une possibilité réelle de collusion:

[TRADUCTION] ... il faut beaucoup plus qu'une simple similitude et une absence de preuve de complot pour que cette preuve soit admise. Cela ressort clairement de l'arrêt *Reg. c. Kilbourne* [1973] A.C. 529 dans lequel le juge a écarté la preuve «provenant de l'intérieur du groupe» en raison de la possibilité, telle qu'il la percevait, de collaboration entre des garçons qui se connaissaient bien. À mon avis, il s'agit là de la bonne façon de procéder plutôt que d'admettre la preuve sauf lorsque la collaboration ou le complot sont établis. [En italique dans l'original.]

À la suite de ses arrêts plus récents *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447, et *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596, la Chambre des lords est maintenant d'avis qu'en général la possibilité de collusion n'est pas un facteur que le juge du procès doit prendre en considération pour décider de l'admissibilité de ce genre de preuve. Notre Cour n'a pas tranché la question, bien que j'aie exprimé l'opinion, dans mes motifs de dissidence dans l'arrêt *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, que pour que la preuve de faits similaires soit admise, le ris-

39

40

41

judge. The majority did not express an opinion on the point.

42 The appellant did not contest the mutual admissibility of the evidence of E. and C. in respect of the counts relating to each. It is therefore not appropriate for this Court to attempt to resolve this difficult legal question in this case. But, assuming the evidence is admissible, the question arises as to what weight, if any, ought to have been given to it as corroborative evidence.

43 This question was considered by the House of Lords in *R. v. H.*, *supra*. The appellant was charged in separate counts with sexual offences committed upon his adopted daughter and step-daughter respectively. There existed sufficient similarity between the evidence of the two complainants to meet this requirement for admission as similar act evidence. Admissibility was, however, contested on the ground that a real possibility of collusion existed. The trial judge directed the jury that, if they were sure that the complainants had not collaborated, then the evidence of one of them could corroborate that of the other. The House of Lords dismissed an appeal from a judgment upholding the charge. Lord Mackay of Clashfern L.C. stated, at p. 612, that where a question of

collusion has been raised the judge must clearly draw the importance of collusion to the attention of the jury and leave it to them to decide whether, notwithstanding such evidence of collusion as may have been put before them, they are satisfied that the evidence can be relied upon as free from collusion and tell them that if they are not so satisfied they cannot properly rely upon it as corroboration or for any other purpose adverse to the defence.

44 Lord Lloyd of Berwick and Lord Nicholls of Birkenhead agreed with Lord Mackay. Lord Griffiths and Lord Mustill would apparently have left it to the jury to determine what weight, if any, should be given to the evidence. The majority reasons of Lord Mackay would, therefore, leave it to the jury to decide as a preliminary question of fact

que de collusion doit être dissipé par une conclusion du juge du procès. Les juges majoritaires ne se sont pas exprimés sur ce point.

L'appellant n'a pas contesté l'admissibilité réciproque des témoignages de E. et de C. relativement aux chefs qui les concernaient respectivement. Il ne convient donc pas que notre Cour tente de résoudre cette épineuse question juridique en l'espèce. Toutefois, si l'on tient pour acquis que ces témoignages sont admissibles, il faut alors déterminer quel poids, le cas échéant, aurait dû leur être accordé à titre de preuve corroborante.

Cette question a été examinée par la Chambre des lords dans l'arrêt *R. c. H.*, précité. L'appellant avait été accusé, dans des chefs distincts, d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel sur sa fille adoptive et sa belle-fille respectivement. Il existait suffisamment de similitude entre le témoignage des deux plaignantes pour satisfaire à cette condition d'admission en tant que preuve d'actes similaires. L'admissibilité a, toutefois, été contestée pour le motif qu'il y avait possibilité réelle de collusion. Le juge du procès a dit aux membres du jury que, s'ils étaient certains que les plaignantes n'avaient pas collaboré, le témoignage de l'une pourrait alors corroborer celui de l'autre. La Chambre des lords a rejeté un appel du jugement qui maintenait l'exposé au jury. Le lord chancelier Mackay of Clashfern affirme, à la p. 612, que lorsqu'une question de

[TRADUCTION] collusion a été soulevée, le juge doit clairement attirer l'attention du jury sur l'importance de la collusion, et lui laisser le soin de décider si, en dépit de cette preuve de collusion qui peut lui avoir été soumise, il est convaincu que l'on peut considérer que la preuve n'est pas le fruit d'une collusion, et lui signaler que s'il n'en est pas convaincu, il ne peut régulièrement se servir de cette preuve à titre de corroboration ou à toute autre fin défavorable à la défense.

Lord Lloyd of Berwick et lord Nicholls of Birkenhead étaient d'accord avec lord Mackay. Lord Griffiths et lord Mustill auraient apparemment laissé au jury le soin de déterminer quel poids, le cas échéant, il y avait lieu d'accorder à la preuve. Par conséquent, suivant les motifs majoritaires de lord Mackay, il appartiendrait au jury de décider, à

whether the evidence is tainted by collusion. If the answer is in the affirmative, the evidence must be disregarded. This would in effect leave it to the jury to decide whether the evidence was admissible. While unusual, a similar approach has been approved by this Court in relation to the co-conspirator exceptions to the hearsay rule. See *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938. See also *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653. The more conventional approach adopted by Lords Griffiths and Mustill is that once the trial judge decides that the evidence is admissible, it is the trier of fact who determines what weight, if any, is to be given to the evidence having regard to all the circumstances, including the possibility of collusion.

For the purposes of this appeal, it is not necessary to choose between the two approaches referred to above. On the assumption that the evidence is admissible, I am prepared to adopt the more conventional approach which would leave it to the trier of fact to determine what weight, if any, is to be given to evidence that is alleged to have been concocted by means of collusion or collaboration. Under this approach, the trier of fact is obliged to consider the reliability of the evidence having regard to all the circumstances, including the opportunities for collusion or collaboration to concoct the evidence and the possibility that these opportunities were used for such a purpose.

The evidence of C. relating to the “chicken pox” incident was the sole basis for the conviction of the appellant on the counts relating to both E. and C. In view of the crucial importance assigned by the trial judge to this evidence, it was incumbent on the trial judge to scrutinize this evidence with special care. It was, therefore, important for the trial judge to consider any circumstances which affected the reliability of the evidence. I have concluded that the failure by the trial judge to consider the possibility of collusion or collaboration arising out of the Kopyto connection, when assessed in light of the other frailties in C.’s evidence, rendered unreasonable the convictions relating to the sexual assaults on E. and C.

titre de question de fait préliminaire, si la preuve est viciée par une collusion. Dans l’affirmative, la preuve doit être écartée. Cela reviendrait, en fait, à laisser au jury le soin de décider de l’admissibilité de la preuve. Quoique inhabituel, un point de vue semblable a été approuvé par notre Cour relativement à l’exception du coauteur d’un complot à la règle du oui-dire. Voir *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938. Voir également *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653. Suivant le point de vue plus conventionnel adopté par lord Griffiths et lord Mustill, dès que le juge du procès conclut à l’admissibilité de la preuve, il appartient au juge des faits de décider quel poids, le cas échéant, il y a lieu de lui accorder compte tenu de toutes les circonstances, dont la possibilité de collusion.

Aux fins du présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de faire un choix entre les deux points de vue susmentionnés. En tenant pour acquis que la preuve est admissible, je suis disposé à adopter le point de vue plus conventionnel qui laisserait au juge des faits le soin de décider quel poids, le cas échéant, il y a lieu d’accorder à la preuve qui aurait été fabriquée par suite d’une collusion ou d’une collaboration. Suivant ce point de vue, le juge des faits est tenu d’apprécier la fiabilité de la preuve en fonction de toutes les circonstances, dont les occasions de fabriquer une preuve par suite d’une collusion ou d’une collaboration, et la possibilité que ces occasions aient servi à cette fin.

Seul le témoignage de C. relativement à l’incident de la «varicelle» a été utilisé pour déclarer l’appelant coupable quant aux chefs concernant à la fois E. et C. Compte tenu de l’importance cruciale qu’elle a accordée à ce témoignage, le juge du procès était tenue de l’examiner minutieusement. Il était donc important qu’elle examine toutes les circonstances influant sur sa fiabilité. J’ai conclu que, compte tenu des autres faiblesses du témoignage de C., l’omission du juge du procès de considérer la possibilité de collusion ou de collaboration découlant du lien avec Kopyto a rendu déraisonnables les déclarations de culpabilité relatives aux accusations d’agression sexuelle contre E. et C.

45

46

47

I have already referred to the other frailties in C.'s evidence. The trial judge excused as mere impreciseness the fact that both in chief and on cross-examination C. swore that the incident took place at a time when the appellant could not have committed the act. The version espoused by the trial judge was apparently proffered only after this awkward fact was drawn to C.'s attention. Even then the extent of the evidence of C. which was accepted in preference to his sworn recollection was "I think I was nine or ten". In evaluating the import of this inconsistency, the trial judge did not refer to the fact that C.'s evidence was proved to be faulty in respect of the incident referred to above in which he alleged that Burke forced him to assault another boy. Nor was any reference made to his refusal to speak to the police claiming he had nothing to say. On the basis of this exceedingly generous assessment of the uncorroborated evidence of a chronic and convicted thief, the trial judge convicted the appellant of indecent assault on E. and on C. The trial judge found that in other respects E.'s evidence could not be accepted and dismissed other allegations made by him as merely raising suspicions or probabilities. E.'s evidence was not even considered to be corroborative of C.'s in respect of the "ointment incident".

48

The appellant testified and denied that the alleged sexual assaults took place. The appellant was not cross-examined on his denials of the allegations. As well, he called impressive character evidence from former students and residents of Mount Cashel, including supportive character evidence from E.'s brother, W. This evidence was summarily dismissed. The trial judge's sole reference to this evidence was as follows:

As must be clear, I have generally rejected the denial of Joseph Burke. He is an intelligent man who, for some children, had been an important teacher, guide, and role model. They will, no doubt, be shocked that I can reject the evidence of such a person, or that it has not raised a

J'ai déjà mentionné les autres faiblesses du témoignage de C. Le juge du procès a qualifié de simple imprécision le fait que, tant dans l'interrogatoire principal que, dans le contre-interrogatoire, C. a juré que l'incident s'était produit à un moment où l'appelant n'aurait pas pu commettre l'acte en question. La version que le juge du procès a retenue n'a apparemment été exposée qu'après que ce fait embarrassant eut été porté à l'attention de C. Même alors, la partie du témoignage de C. qui a été retenue de préférence au souvenir dont il a fait état sous serment est celle-ci: [TRADUCTION] «je crois [. . .] que j'avais neuf ou dix ans». Dans son appréciation de l'importance de cette contradiction, le juge du procès n'a pas mentionné que le témoignage de C. s'était révélé faux relativement à l'incident mentionné précédemment, au cours duquel Burke l'aurait contraint d'agresser un autre garçon. Elle n'a pas non plus mentionné que C. avait refusé de parler à la police en faisant valoir qu'il n'avait rien à dire. C'est en fonction de cette évaluation excessivement généreuse du témoignage non corroboré d'un voleur chronique et reconnu coupable que le juge du procès a déclaré l'appelant coupable d'attentat à la pudeur contre E. et C. Elle a conclu qu'à d'autres égards le témoignage de E. ne pouvait être accepté, et a rejeté les autres allégations qu'il avait faites pour le motif qu'elles généraient simplement des soupçons ou des probabilités. Elle n'a même pas considéré que le témoignage de E. corroborait celui de C. relativement à l'«incident de la pommade».

L'appelant a, dans son témoignage, nié l'existence des agressions sexuelles alléguées. Il n'a pas été contre-interrogé sur ces dénégations. Il a également produit une impressionnante preuve de moralité par l'entremise d'anciens étudiants et pensionnaires de Mount Cashel, dont un témoignage de bonne moralité de la part de W., le frère de E. Ce témoignage a été rejeté sommairement. La seule mention de ce témoignage par le juge du procès est la suivante:

[TRADUCTION] Comme il est sans doute évident, j'ai de façon générale rejeté la dénégation de Joseph Burke. C'est un homme intelligent qui, pour certains enfants, a joué un rôle important à titre d'enseignant, de guide et de modèle. Ils seront certainement bouleversés de cons-

reasonable doubt in my mind. The simple fact is that citizens who, for years may live exemplary lives, may commit crimes, even the types of crimes alleged in this case.

V. K.L.

The final count of indecent assault for which Mr. Burke was convicted arose from the somewhat bizarre testimony of L., another former resident of Mount Cashel. According to L., Burke would often punish him by "hauling" him into a private office, forcing him to undress and pinching his armpits. In addition, L. claimed that Burke would sometimes fondle his penis. As these incidents were alleged to have taken place in a private office, they were not subject to verification by other witnesses.

According to Gushue J.A. of the Newfoundland Court of Appeal, the evidence given by L. was "too bizarre to accept" without some collateral verification. In Gushue J.A.'s opinion:

... given the nature of the evidence of K.L. and all the circumstances, one has to feel that it would be dangerous, and unjust to the accused, to allow this conviction to stand.

((1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, at p. 215.)

It would appear that Gushue J.A.'s concerns regarding L.'s evidence resulted from the rather curious nature of the assaults that L. described. In addition, Gushue J.A. appeared to be concerned that the scabs allegedly left under L.'s arms as a result of the assaults were never observed by other residents of Mount Cashel, despite the common use of communal showers within the orphanage. I agree that these circumstances cause great concern about the reliability of the evidence given by L. This unease is substantially magnified when considered in connection with the manner in which L. purported to identify the appellant.

During the course of the trial, L. was given a photograph which he identified as Burke. How-

tater que je rejette le témoignage d'une telle personne, ou que ce témoignage n'a suscité aucun doute raisonnable dans mon esprit. Le fait est simplement qu'il peut arriver que des citoyens qui mènent une vie exemplaire pendant des années commettent des crimes, même le genre de crimes allégués en l'espèce.

V. K.L.

Le dernier chef d'attentat à la pudeur relative-
ment auquel M. Burke a été déclaré coupable a
résulté du témoignage quelque peu étrange de L.,
un autre ancien pensionnaire de Mount Cashel.
Selon L., Burke le punissait fréquemment en le
«traînant» dans un bureau privé, pour ensuite le
forcer à se dévêtir et lui pincer les aisselles. L. a,
de plus, allégué que Burke lui caressait parfois le
pénis. Comme on avait allégué que ces incidents
s'étaient produits dans un bureau privé, ils n'ont
pas été confirmés par d'autres témoins.

Selon le juge Gushue de la Cour d'appel de
Terre-Neuve, le témoignage de L. était [TRADUC-
TION] «trop étrange pour être accepté» sans plus.
De l'avis du juge Gushue:

[TRADUCTION] ... compte tenu de la nature du témoi-
gnage de K.L. et de toutes les circonstances, on se doit
d'avoir le sentiment qu'il serait dangereux et injuste
pour l'accusé de permettre que cette déclaration de cul-
pabilité subsiste.

((1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, à la p. 215.)

Il semblerait que les préoccupations du juge
Gushue concernant le témoignage de L. décou-
laient de la nature plutôt étrange des agressions
décrites par L. En outre, le juge Gushue a paru pré-
occupé par le fait que, en dépit de l'utilisation cou-
rante des douches communautaires dans l'orpheli-
nat, aucun autre pensionnaire de Mount Cashel
n'avait jamais remarqué les escarres que L. aurait
eues aux aisselles par suite des agressions en
cause. Je conviens que ces circonstances suscitent
un doute énorme quant à la fiabilité du témoignage
de L. Ce malaise s'accroît considérablement lors-
qu'on l'examine par rapport à la manière dont L. a
prétendu identifier l'appellant.

Au cours du procès, on a remis à L. une photo-
graphie sur laquelle il a reconnu Burke. Or, per-

49

50

51

ever, L. was never asked to identify the appellant during the trial. No explanation has been given why this standard method of identification was not employed in this case. This raises the question whether L. would have been able to identify the appellant in person. In my view, photographic identification is most unsatisfactory in cases such as this, where the events in question are alleged to have occurred many years before the trial. The dangerous nature of photographic identification in such cases can be demonstrated by the evidence of another Mount Cashel resident, D.T. Like L., T. was shown a series of photographs and identified a photo of the accused as a picture of his assailant. Further evidence made it clear that Mr. Burke could not have been the individual who had assaulted T. The use of photographic identification had led T. to incorrectly identify the appellant.

sonne n'a jamais demandé à L. d'identifier l'appellant au cours du procès. Aucune explication n'a été donnée sur la raison pour laquelle cette méthode normale d'identification n'a pas été utilisée en l'espèce. Se pose donc la question de savoir si L. aurait été en mesure d'identifier l'appellant en personne. À mon avis, l'identification à l'aide d'une photographie est très insatisfaisante lorsque, comme en l'espèce, les événements en question se seraient produits de nombreuses années avant le procès. Le témoignage d'un autre pensionnaire de Mount Cashel, D.T., permet de constater le danger de l'identification à l'aide de photographies dans de tels cas. À l'instar de L., T., à qui on avait remis une série de photographies, a déclaré que l'homme qui figurait sur l'une d'elles, à savoir l'accusé, était son agresseur. Une autre preuve établissait clairement que M. Burke ne pouvait pas avoir été celui qui avait agressé T. Le recours à l'identification à l'aide de photographies avait amené T. à identifier incorrectement l'appellant.

52

The cases are replete with warnings about the casual acceptance of identification evidence even when such identification is made by direct visual confrontation of the accused. By reason of the many instances in which identification has proved erroneous, the trier of fact must be cognizant of "the inherent frailties of identification evidence arising from the psychological fact of the unreliability of human observation and recollection": *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.), at p. 368. In *R. v. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74 (C.A.), Laskin J.A. (as he then was) made the following observation about identification evidence (at p. 82):

Errors of recognition have a long documented history. Identification experiments have underlined the frailty of memory and the fallibility of powers of observation. Studies have shown the progressive assurance that builds upon an original identification that may be erroneous The very question of admissibility of identification evidence in some of its aspects has caused sufficient apprehension in some jurisdictions to give pause to uncritical reliance on such evidence, when admitted, as the basis of conviction [Emphasis added.]

La jurisprudence regorge de mises en garde contre l'acceptation fortuite d'une preuve d'identification, même lorsque cette identification est faite par confrontation visuelle directe de l'accusé. En raison de l'existence de nombreux cas où l'identification s'est révélée erronée, le juge des faits doit être conscient des [TRADUCTION] «faiblesses inhérentes de la preuve d'identification qui découlent de la réalité psychologique selon laquelle l'observation et la mémoire humaines ne sont pas fiables»: *R. c. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.), à la p. 368. Dans *R. c. Spatola*, [1970] 3 O.R. 74 (C.A.), le juge Laskin (plus tard Juge en chef de notre Cour) fait observer ce qui suit au sujet de la preuve d'identification (à la p. 82):

[TRADUCTION] Les erreurs de reconnaissance ont un long passé documenté. Les expériences en matière d'identification ont fait ressortir la fragilité de la mémoire et la faillibilité des pouvoirs d'observation. Des études ont démontré l'assurance qui se bâtit progressivement à partir d'une identification initiale qui peut être erronée [. . .] La question même de l'admissibilité de la preuve d'identification, sous certains de ses aspects, a généré suffisamment de crainte dans certains ressorts pour qu'on hésite avant de s'en remettre aveuglément à une telle preuve, lorsqu'elle est admise, pour prononcer une déclaration de culpabilité . . . [Je souligne.]

The trial judge made no comment on the frailty of the identification evidence other than the general statement that she found L.'s evidence credible and accepted it. No reference is made to the fact that the appellant was not identified in court and that no explanation for failure to ask L. to do so was given. No reference is made to the erroneous identification made by T. using the photograph of the appellant. Given the unsatisfactory nature of L.'s evidence in general, this uncritical reliance on the unorthodox identification evidence renders the conviction unreasonable. Pursuant to s. 686(1)(a)(i), I would quash the conviction.

VI. Conclusion and Disposition

For each of the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and quash the convictions for indecent assault upon the complainants E., C. and L. With respect to the conviction for assault causing bodily harm, I would dismiss the appeal for the reasons given by the Newfoundland Court of Appeal.

Appeal allowed with respect to the convictions for indecent assault. Appeal dismissed with respect to the conviction for assault causing bodily harm.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, St. John's.

Le juge du procès n'a fait aucun commentaire sur la faiblesse de la preuve d'identification, si ce n'est sa déclaration générale qu'elle jugeait crédible le témoignage de L. et l'acceptait. Elle n'a pas mentionné le fait que l'appellant n'a pas été identifié en cour et qu'on n'a pas expliqué la raison pour laquelle L. n'avait pas été requis de le faire. Il n'y a aucune mention de l'identification erronée que T. a faite à l'aide de la photographie de l'appellant. Étant donné la nature insatisfaisante du témoignage de L. en général, le fait qu'on s'en soit remis aveuglément à cette preuve d'identification hétérodoxe rend la déclaration de culpabilité déraisonnable. Conformément au sous-al. 686(1)a(i), je suis d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité.

VI. Conclusion et dispositif

Pour chacun des motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'annuler les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur contre les plaignants E., C. et L. En ce qui concerne la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par la Cour d'appel de Terre-Neuve.

Pourvoi accueilli en ce qui concerne les déclarations de culpabilité d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté pour ce qui est de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles.

Procureurs de l'appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, St. John's.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

C.A.M. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. M. (C.A.)

File No.: 24027.

1995: June 1; 1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Totality principle — Accused pleading guilty to numerous counts of sexual assault, incest and assault with a weapon — Offences arising from pattern of sexual, physical and emotional abuse inflicted upon his children over a number of years — Trial judge sentencing accused to cumulative sentence of 25 years' imprisonment — Court of Appeal reducing sentence to term of 18 years and 8 months — Whether Court of Appeal erred in concluding that fixed-term cumulative sentences should not exceed term of imprisonment of 20 years, absent special circumstances.

Criminal law — Sentencing — Retribution legitimate principle of sentencing.

Criminal law — Sentencing — Appeals — Standard of review appellate court should adopt in reviewing fitness of sentence.

The accused pleaded guilty to numerous counts of sexual assault, incest and assault with a weapon, in addition to other lesser offences, arising from a largely uncontested pattern of sexual, physical and emotional abuse inflicted upon his children over a number of years. None of the offences committed carried a penalty of life imprisonment. The trial judge, remarking that the offences were as egregious as any he had ever had occasion to deal with, sentenced the accused to a cumulative sentence of 25 years' imprisonment, with individual sentences running both consecutively and concurrently. The Court of Appeal reduced the sentence to 18 years and 8 months. Following a line of jurisprudence it had developed in recent years, the court concluded that

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

C.A.M. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. M. (C.A.)

N° du greffe: 24027.

1995: 1^{er} juin; 1996: 21 mars.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Principe de totalité — L'accusé a plaidé coupable à de nombreux chefs d'agression sexuelle, d'inceste et d'agression armée — Les infractions résultaient de sévices d'ordre sexuel, physique et émotif qu'il a infligés systématiquement à ses enfants durant un certain nombre d'années — Le juge du procès a condamné l'accusé à une peine cumulative de 25 ans d'emprisonnement — La Cour d'appel a réduit la peine à 18 ans et 8 mois — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les peines cumulatives d'une durée déterminée ne devraient pas, sauf circonstances spéciales, dépasser 20 ans d'emprisonnement?

Droit criminel — Détermination de la peine — Le châtement est un principe légitime de détermination de la peine.

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Norme de contrôle appliquée par les cours d'appel dans l'examen de la justesse des peines.

L'accusé a plaidé coupable à de nombreux chefs d'agression sexuelle, d'inceste, d'agression armée, ainsi qu'à d'autres infractions moins graves, résultant de sévices d'ordre sexuel, physique et émotif, pour la plupart non contestés, qu'il a infligés systématiquement à ses enfants durant un certain nombre d'années. Aucune des infractions commises n'était punissable par l'emprisonnement à perpétuité. Soulignant que les infractions étaient aussi atroces que tout ce dont il avait jamais eu à s'occuper, le juge du procès a condamné l'accusé à une peine cumulative de 25 ans d'emprisonnement, certaines peines devant être purgées concurremment d'autres consécutivement. La Cour d'appel a réduit la peine à 18 ans et 8 mois. Suivant une jurisprudence qu'elle avait éta-

where life imprisonment is not available as a penalty, the totality principle requires trial judges to limit fixed-term cumulative sentences under the *Criminal Code* to a term of imprisonment of 20 years, absent special circumstances.

Held: The appeal should be allowed and the sentence of 25 years' imprisonment restored.

For offences where imprisonment is available, the *Code* sets maximum terms of incarceration in accordance with the relative severity of each crime. The *Code* staggers maximum sentences for the full range of offences at numerical intervals ranging from one year to 14 years, followed by the most severe punishment, life imprisonment. The *Code* is silent, however, with regard to whether there is an upper limit on fixed-term or numerical (i.e., non-life) terms of imprisonment, both as sentences for single offences where life imprisonment is available but unwarranted, and as sentences for multiple offences involving consecutive terms of imprisonment. It is a well established tenet of our criminal law that the quantum of sentence imposed should be broadly commensurate with the gravity of the offence committed and the moral blameworthiness of the offender. Within broader parameters, the principle of proportionality expresses itself as a constitutional obligation. A legislative or judicial sentence that is grossly disproportionate, in the sense that it is so excessive as to outrage standards of decency, will violate the constitutional prohibition against cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the context of consecutive sentences, this general principle of proportionality expresses itself through the more particular form of the totality principle, which requires a sentencing judge who orders an offender to serve consecutive sentences for multiple offences to ensure that the cumulative sentence rendered does not exceed the overall culpability of the offender. Whether under the rubric of the totality principle or a more generalized principle of proportionality, Canadian courts have been reluctant to impose single and consecutive fixed-term sentences beyond 20 years.

blie au cours des années précédentes, la cour a conclu que, dans les cas où l'emprisonnement à perpétuité n'est pas prévu comme peine, le principe de totalité commande que, sauf circonstances spéciales, les peines cumulatives d'une durée déterminée infligées par le juge du procès en vertu du *Code criminel* ne dépassent pas 20 ans d'emprisonnement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et la peine d'emprisonnement de 25 ans est rétablie.

Dans le cas des infractions punissables par l'emprisonnement, le *Code* fixe des durées maximales d'incarcération correspondant à la gravité relative de chaque crime. Aux termes du *Code*, les peines maximales applicables aux diverses infractions varient suivant des intervalles chiffrés allant d'un an à 14 ans, et elles sont suivies enfin de la sanction la plus sévère, l'emprisonnement à perpétuité. Toutefois, le *Code* n'indique pas s'il existe une limite supérieure applicable aux périodes d'incarcération chiffrées ou d'une durée déterminée (c.-à-d. autres que l'emprisonnement à perpétuité), tant en ce qui concerne les peines infligées pour une infraction unique à l'égard de laquelle l'emprisonnement à perpétuité est prévu mais non justifié, qu'en ce qui concerne les peines infligées pour des infractions multiples entraînant des peines consécutives d'emprisonnement. Il existe un principe bien établi de notre droit criminel selon lequel l'importance de la peine infligée doit être généralement proportionnelle à la gravité de l'infraction commise et à la culpabilité morale du contrevenant. À l'intérieur de paramètres plus larges, le principe de proportionnalité se présente comme une obligation constitutionnelle. Les peines prévues par la loi ou imposées par un tribunal et exagérément disproportionnées, en ce sens qu'elles sont excessives au point de ne pas être compatibles avec la dignité humaine, violeront l'interdiction d'imposer des peines cruelles et inusitées que fait la Constitution, à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le contexte de peines consécutives, ce principe général de proportionnalité se présente sous la forme plus particulière du principe de totalité, selon lequel le juge qui impose la peine et ordonne au contrevenant de purger des peines consécutives pour des infractions multiples doit s'assurer que la peine cumulative prononcée ne dépasse pas la culpabilité globale du délinquant. Que ce soit sous la rubrique du principe de totalité ou d'un principe plus généralisé de proportionnalité, les tribunaux canadiens ont été réticents à imposer des peines d'emprisonnement de plus de 20 ans au moyen d'une peine unique ou de peines consécutives d'une durée déterminée.

In contrast to the absence of any explicit codal rules governing the limits on fixed-term sentences of imprisonment, the *Criminal Code*, read together with the *Corrections Act*, sets very clear rules governing the determination of parole eligibility. A person sentenced to a numerical term of imprisonment under the *Code* becomes eligible for full parole after serving the lesser of one third of the sentence or seven years. The commencement date for the determination of parole eligibility has generally been understood to coincide with the commencement of sentence, namely the date when sentence is imposed. A person sentenced to life imprisonment other than as a minimum punishment becomes eligible for full parole after serving seven years. However, in contrast to a person sentenced to a numerical term of imprisonment, the calculation of parole eligibility for life imprisonment begins at an earlier date, in that the parole eligibility clock effectively begins to run from the date of arrest.

There is no evidence in either the *Code* or the *Corrections Act* that Parliament intended to constrain a trial judge's traditionally broad sentencing discretion through the imposition of a qualified legal ceiling on numerical sentences pegged at 20 years' imprisonment. Parliament established the parole system as a regime by which the conditions of incarceration of a sentence could be altered by subsequent executive review, rather than as a regime by which the sentence itself could be reduced. In setting threshold periods of parole ineligibility, Parliament was principally motivated by the sentencing goals of deterrence and denunciation. But the fact that conditions of incarceration are subject to review at a particular point in time says little about the efficacy and limits of a global fixed-term sentence in advancing the traditional goals of sentencing. There is no indication that the default periods of parole ineligibility exhaust a court's ability to advance the goals of deterrence, denunciation, rehabilitation and the protection of society through the imposition of a numerical sentence beyond 20 years. Even though the conditions of incarceration may be subject to change after seven years, the interaction of accepted sentencing principles could still require that the offender remain under the aegis of the parole system (if not under imprisonment) for beyond 20 years. There is no necessary inference that Parliament implic-

Par contraste avec l'absence de règles codifiées expresses régissant les limites applicables en matière de peines d'emprisonnement d'une durée déterminée, le *Code criminel*, en corrélation avec la *Loi sur le système correctionnel*, énonce des règles très claires régissant la détermination de l'admissibilité à la libération conditionnelle. La personne condamnée à une peine chiffrée d'emprisonnement en vertu du *Code* devient admissible à la libération conditionnelle totale après avoir purgé un tiers de la peine à concurrence de sept ans. On considère généralement que le début du temps d'épreuve en vue de l'admissibilité à la libération conditionnelle coïncide avec le début de la peine, à savoir la date à laquelle la peine a été imposée. La personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité, peine qui ne constituait pas un minimum, devient admissible à la libération conditionnelle totale après un temps d'épreuve de sept ans. Toutefois, contrairement à ce qui se passe dans le cas des personnes condamnées à une peine chiffrée d'emprisonnement, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle des personnes condamnées à l'emprisonnement à perpétuité commence plus tôt, en ce sens que le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle commence effectivement à compter du jour de l'arrestation.

Il n'y a rien dans le *Code* ni dans la *Loi sur le système correctionnel* qui indique que le législateur fédéral entendait restreindre le vaste pouvoir discrétionnaire dont dispose depuis toujours le juge du procès en matière de détermination de la peine, en imposant un plafond légal relatif de 20 ans pour les peines chiffrées d'emprisonnement. Le législateur fédéral a établi un régime de libération conditionnelle visant à permettre, au moyen d'un examen administratif ultérieur, la modification des conditions d'incarcération dont une peine est assortie plutôt que la réduction de la peine elle-même. Lorsqu'il a fixé des périodes minimales d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, le législateur fédéral était motivé principalement par les objectifs de détermination de la peine que sont la dissuasion et la réprobation. Le fait que les conditions d'incarcération soient susceptibles d'examen et de modification à un moment donné renseigne peu sur l'efficacité des peines globales d'une durée déterminée à faire avancer les objectifs traditionnels de la détermination de la peine. Rien n'indique que les règles d'inadmissibilité à la libération conditionnelle applicables par défaut enlèvent aux tribunaux leur capacité de favoriser la réalisation des objectifs de dissuasion, de réprobation, de réadaptation et de protection de la société en imposant des peines chiffrées de plus de 20 ans. Même si les conditions d'in-

itly imposed a qualified cap on fixed-term sentences through its adoption of the *Corrections Act*.

There is no obvious absurdity on the face of the parole eligibility scheme. The *Corrections Act* provides that an offender sentenced to life imprisonment would be eligible for parole before an offender sentenced to a numerical term beyond 20 years. One can readily infer an intelligible intent behind the operation of the rules. Parliament could have concluded that as a result of the unique life-long parole restrictions associated with a term of life imprisonment, an offender sentenced to life ought to be entitled to have his or her pre-trial custody credited to his or her parole ineligibility time. Furthermore, any alleged absurdity on the face of the statute will rarely manifest itself in the actual release dates of prisoners. The rules of the *Corrections Act* only govern an offender's eligibility for full parole; the actual granting of full parole remains within the discretion of the National Parole Board. Finally, even if one assumes that the parole eligibility rules result in an absurdity, such a legislative absurdity would only be compounded rather than corrected by imposing a strict restriction on the sentencing discretion of trial judges under the *Criminal Code*. The *Corrections Act* was intended to facilitate the sentencing discretion of trial judges. It would seriously pervert both the very purpose and function of the statute to suggest that the peculiarities of the parole eligibility rules contained within the *Corrections Act* ought to dictate and control the structure of sentences under the *Code*.

The Court of Appeal erred in applying as a principle of sentencing that fixed-term sentences under the *Criminal Code* ought to be capped at 20 years, absent special circumstances. A numerical sentence beyond 20 years may still significantly advance the traditional continuum of sentencing goals ranging from deterrence, denuncia-

tionnement du délinquant peuvent être changées après sept ans, il est néanmoins possible que l'interaction de principes reconnus de détermination de la peine exige que le délinquant reste sous la surveillance du système de libération conditionnelle (voire en détention) pendant plus de 20 ans. Rien ne permet d'inférer nécessairement que le législateur fédéral a implicitement fixé un plafond relatif à l'égard des peines d'une durée déterminée en adoptant la *Loi sur le système correctionnel*.

Il n'existe aucune absurdité ostensible dans le fonctionnement du système d'admissibilité à la libération conditionnelle. La *Loi sur le système correctionnel* prévoit qu'un délinquant condamné à l'emprisonnement à perpétuité est admissible à la libération conditionnelle avant un délinquant condamné à une peine chiffrée d'emprisonnement de plus de 20 ans. Il est facile d'inférer de l'application des règles l'existence d'une volonté intelligible. Il est possible que le législateur fédéral ait conclu que, compte tenu des restrictions continues particulières qui s'appliquent à la libération conditionnelle en cas de peine d'emprisonnement à perpétuité, le contrevenant condamné à cette peine devrait avoir le droit que la période qu'il passe en détention avant le procès soit soustraite de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. En outre, toute prétendue absurdité ostensible de la loi se manifesterait rarement dans la date concrète de libération du prisonnier. En effet, les règles de la *Loi sur le système correctionnel* régissent seulement l'admissibilité du délinquant à la libération conditionnelle totale; l'octroi même de la libération conditionnelle relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Enfin, même en supposant que les règles d'admissibilité à la libération conditionnelle entraînent une absurdité, on ne ferait qu'exacerber une telle absurdité législative plutôt que la corriger en restreignant de façon stricte le pouvoir discrétionnaire que le *Code criminel* confère au juge du procès en matière de détermination de la peine. La *Loi sur le système correctionnel* vise à faciliter l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine. Affirmer que les particularités des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle figurant dans la *Loi sur le système correctionnel* devraient dicter et contrôler la structure des peines infligées en vertu du *Code* dénaturerait gravement tant l'objet que le rôle même de la loi.

La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant, en tant que principe de détermination de la peine, la règle qui veut que, sauf circonstances spéciales, les peines d'une durée déterminée infligées en vertu du *Code criminel* ne doivent pas dépasser 20 ans. Malgré le fait qu'un délinquant soit admis à demander l'examen

tion and rehabilitation to the protection of society, notwithstanding the fact that an offender is eligible for review of the conditions of his or her incarceration after seven years (absent an order extending the period of ineligibility). Within the broad statutory maximum and minimum penalties defined for particular offences under the *Code*, trial judges enjoy a wide ambit of discretion under s. 717 in selecting a just and appropriate fixed-term sentence which adequately promotes the traditional goals of sentencing, subject only to the fundamental principle that the global sentence imposed should reflect the overall culpability of the offender and the circumstances of the offence. There is no pre-fixed boundary to the sentencing discretion of a trial judge, whether at 20 or 25 years' imprisonment. There is no reason why numerical sentences should be *de facto* limited at 20 years as a matter of convention. Whether a fixed-term sentence beyond 20 years is imposed as a sentence for a single offence where life imprisonment is available but not imposed, or as a cumulative sentence for multiple offences where life imprisonment is not available, there is no *a priori* ceiling on fixed-term sentences under the *Code*.

Retribution is an accepted, and indeed important, principle of sentencing in our criminal law. As an objective of sentencing, it represents nothing less than the hallowed principle that criminal punishment, in addition to advancing utilitarian considerations related to deterrence and rehabilitation, should also be imposed to sanction the moral culpability of the offender. Retribution represents an important unifying principle of our penal law by offering an essential conceptual link between the attribution of criminal liability and the imposition of criminal sanctions. The legitimacy of retribution as a principle of sentencing has often been questioned as a result of its unfortunate association with "vengeance" in common parlance, but retribution bears little relation to vengeance. Retribution should also be conceptually distinguished from its legitimate sibling, denunciation. Retribution requires that a judicial sentence properly reflect the moral blameworthiness of the particular offender. The objective of denunciation mandates that a sentence should also communicate society's condemnation of that particular offender's conduct. Neither retribution

des conditions de son incarcération après sept ans (en l'absence d'une ordonnance prolongeant la période d'inadmissibilité), une peine chiffrée de plus de 20 ans peut néanmoins favoriser considérablement le continuum traditionnel des objectifs de la détermination de la peine, qui vont de la dissuasion à la protection de la société, en passant par la réprobation et la réadaptation. Dans les limites du large éventail de peines minimales et maximales prévues par le *Code* pour certaines infractions précises, le juge du procès jouit, en vertu de l'art. 717, d'un pouvoir discrétionnaire considérable l'autorisant à fixer une peine d'une durée déterminée juste et appropriée, servant adéquatement les objectifs traditionnels de la détermination de la peine, sous réserve seulement du principe fondamental que la peine globale infligée doit refléter la culpabilité générale du délinquant et les circonstances de l'infraction. Il n'existe aucune limite préétablie applicable au pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de détermination de la peine, que ce soit 20 ans ou même 25 ans d'emprisonnement. Il n'y a aucune raison pour laquelle les peines chiffrées devraient être limitées *de facto* à 20 ans en raison d'une convention. Qu'une peine d'une durée déterminée de plus de 20 ans ait été infligée, soit en tant que peine pour une infraction unique à l'égard de laquelle l'emprisonnement à perpétuité est prévu mais n'a pas été imposé, soit en tant que peine cumulative pour de multiples infractions non punissables par l'emprisonnement à perpétuité, il n'existe aucun plafond préétabli à l'égard des peines d'une durée déterminée infligées en vertu du *Code*.

Le châtement est, dans notre droit criminel, un principe accepté et de fait important en matière de détermination de la peine. En tant qu'objectif de la détermination de la peine, il ne représente rien de moins que le principe sacré selon lequel les sanctions pénales, en plus d'appuyer des considérations utilitaristes liées à la dissuasion et à la réadaptation, doivent également être infligées afin de sanctionner la culpabilité morale du contrevenant. Le châtement constitue un principe unificateur important de notre droit pénal en ce qu'il établit un lien conceptuel essentiel entre l'imputation de la responsabilité criminelle et l'application de sanctions pénales. La légitimité du châtement en tant que principe de détermination de la peine a souvent été mise en doute en raison de l'assimilation malheureuse de ce mot au mot «vengeance» dans le langage populaire, mais le châtement a peu à voir avec la vengeance. Il convient également de faire une distinction, sur le plan conceptuel, entre le châtement et sa sœur légitime, la réprobation. Le châtement exige que la peine infligée par le tribunal reflète adéquatement la culpabilité morale du contreve-

nor denunciation, however, alone provides an exhaustive justification for the imposition of criminal sanctions. Retribution must be considered in conjunction with the other legitimate objectives of sentencing.

The Court of Appeal erred in reducing the accused's sentence. Absent an error in principle, failure to consider a relevant factor or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Appellate courts serve an important function in reviewing and minimizing the disparity of sentences. However, a court of appeal should only intervene to minimize the disparity of sentences where the sentence imposed is in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes. While the court reduced the accused's sentence primarily as a result of a framework of sentencing principles that was incorrect in law, it also justified its reduction with reference to a contextual application of the accepted principles of sentencing to this case. The Court of Appeal erred in this instance by engaging in an overly interventionist mode of appellate review of the fitness of sentence which transcended the standard of deference articulated by this Court in *Shropshire*. It was open to the sentencing judge to reasonably conclude that the particular blend of traditional sentencing goals required a sentence of 25 years in this instance. Moreover, on the facts, the sentencing judge was entitled to find that a overall term of imprisonment of 25 years represented a just sanction for the accused's crimes. The accused committed a vile pattern of physical and sexual abuse against the very children he was entrusted to protect. The degree of violence exhibited in these crimes was disturbingly high, and the children will undoubtedly be scarred for life. The psychiatrist and psychologist who examined the accused agree that he faces dim prospects of rehabilitation. With-

nant visé. Pour sa part, l'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Ni le châtement ni la réprobation uniquement ne justifient complètement l'application de sanctions pénales. L'objectif de châtement doit être examiné en corrélation avec les autres objectifs légitimes de la détermination de la peine.

La Cour d'appel a commis une erreur en réduisant la peine de l'accusé. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Les cours d'appel jouent un rôle important en contrôlant et en réduisant au minimum la disparité entre les peines infligées. Cependant, une cour d'appel ne devrait intervenir afin de réduire au minimum la disparité entre les peines que dans les cas où la peine infligée par le juge du procès s'écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires. Bien que la cour ait réduit la peine de l'accusé principalement par l'application d'un ensemble de principes de détermination de la peine qui était incorrect en droit, elle a également justifié la réduction de la peine en se référant à une application contextuelle à la présente affaire des principes reconnus de détermination de la peine. La Cour d'appel a commis une erreur en l'espèce en s'engageant dans un processus trop interventionniste de contrôle judiciaire en appel de la justesse de la peine, processus qui a dépassé la norme de retenue que notre Cour a formulée dans *Shropshire*. Il était loisible au juge chargé de la détermination de la peine de conclure raisonnablement que la combinaison requise d'objectifs traditionnels de la détermination de la peine exigeait une peine d'emprisonnement de 25 ans en l'espèce. En outre, à la lumière des faits, le juge chargé de la détermination de la peine pouvait conclure qu'une période totale de 25 ans d'emprisonnement constituait une sanction juste pour les crimes de l'accusé. L'accusé a commis de façon systématique des sévices d'ordre physique et sexuel abominables contre les enfants mêmes qu'il avait la charge de protéger. Le degré de violence de ces crimes est troublant, et il ne fait aucun doute que les enfants resteront marqués pour la vie. Le psychiatre et le psychologue qui ont examiné l'accusé s'accordent pour dire qu'il présente de faibles perspectives de réadaptation. Il ne fait aucun doute que l'accusé

out doubt, the accused deserves a severe sentence which expresses society's revulsion at his crimes.

mérite une peine sévère, exprimant la répulsion que ses crimes inspirent à la société.

Cases Cited

Disapproved: *R. v. Rooke*, [1990] B.C.J. No. 643 (QL); *R. v. D. (G.W.)*, [1990] B.C.J. No. 728 (QL); *R. v. E.D.* (1992), 16 B.C.A.C. 193; *R. v. J.T.J.* (1991), 73 Man. R. (2d) 103; **referred to:** *R. v. Sweeney* (1992), 11 C.R. (4th) 1; *R. v. Hinch and Salanski*, [1968] 3 C.C.C. 39; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. Bédard* (1989), 21 Q.A.C. 173; *R. v. Ko* (1979), 50 C.C.C. (2d) 430; *R. v. Pruner* (1979), 9 C.R. (3d) S-8; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Saumer*, [1977] 3 W.W.R. 385; *R. v. Nichols* (1978), 9 A.R. 203; *R. v. Belmas, Hansen and Taylor* (1986), 27 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Gorham* (1987), 22 O.A.C. 237; *R. v. Currie* (1990), 98 N.S.R. (2d) 287; *Yazdani v. La Reine*, [1992] R.J.Q. 2385; *R. v. Velmurugu* (1994), 74 O.A.C. 393; *R. v. Parsons* (1993), 24 C.R. (4th) 112; *R. v. Pelletier* (1989), 52 C.C.C. (3d) 340; *R. v. Charest* (1989), 30 Q.A.C. 227; *R. v. Childs* (1984), 52 N.B.R. (2d) 9; *R. v. Bell*, B.C.C.A., Vancouver Registry CA771150, September 27, 1978; *R. v. Nienhuis* (1991), 117 A.R. 253; *R. v. Dipietro* (1991), 120 A.R. 102; *R. v. Caissie* (1993), 24 B.C.A.C. 57; *R. v. J.A.C.* (1995), 86 O.A.C. 135; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Hicks* (1995), 56 B.C.A.C. 259; *R. v. Eneas*, [1994] B.C.J. No. 262 (QL); *R. v. M. (D.E.S.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 371; *R. v. Hoyt*, [1992] B.C.J. No. 2315 (QL); *R. v. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Calder* (1956), 114 C.C.C. 155; *R. v. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74; *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145, aff'd [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Hastings* (1985), 58 A.R. 108; *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Pontello* (1977), 38 C.C.C. (2d) 262; *R. v. Haig* (1974), 26 C.R.N.S. 247; *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Knife* (1982), 16 Sask. R. 40; *R. v. Wood* (1979), 21 Crim. L.Q. 423; *R. v. Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472; *R. v. Morrisette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307; *R. v. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183; *R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304; *Olan v. The Queen*, S.C.C., No. 14000, October 11, 1977; *Berry v. British Transport Commission*, [1962] 1 Q.B. 306.

Jurisprudence

Arrêts critiqués: *R. c. Rooke*, [1990] B.C.J. No. 643 (QL); *R. c. D. (G.W.)*, [1990] B.C.J. No. 728 (QL); *R. c. E.D.* (1992), 16 B.C.A.C. 193; *R. c. J.T.J.* (1991), 73 Man. R. (2d) 103; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sweeney* (1992), 11 C.R. (4th) 1; *R. c. Hinch and Salanski*, [1968] 3 C.C.C. 39; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. Bédard* (1989), 21 Q.A.C. 173; *R. c. Ko* (1979), 50 C.C.C. (2d) 430; *R. c. Pruner* (1979), 9 C.R. (3d) S-8; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Saumer*, [1977] 3 W.W.R. 385; *R. c. Nichols* (1978), 9 A.R. 203; *R. c. Belmas, Hansen and Taylor* (1986), 27 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Gorham* (1987), 22 O.A.C. 237; *R. c. Currie* (1990), 98 N.S.R. (2d) 287; *Yazdani c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 2385; *R. c. Velmurugu* (1994), 74 O.A.C. 393; *R. c. Parsons* (1993), 24 C.R. (4th) 112; *R. c. Pelletier* (1989), 52 C.C.C. (3d) 340; *R. c. Charest* (1989), 30 Q.A.C. 227; *R. c. Childs* (1984), 52 R.N.-B. (2^e) 9; *R. c. Bell*, C.A.C.-B., greffe de Vancouver CA771150, 27 septembre 1978; *R. c. Nienhuis* (1991), 117 A.R. 253; *R. c. Dipietro* (1991), 120 A.R. 102; *R. c. Caissie* (1993), 24 B.C.A.C. 57; *R. c. J.A.C.* (1995), 86 O.A.C. 135; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Hicks* (1995), 56 B.C.A.C. 259; *R. c. Eneas*, [1994] B.C.J. No. 262 (QL); *R. c. M. (D.E.S.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 371; *R. c. Hoyt*, [1992] B.C.J. No. 2315 (QL); *R. c. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Calder* (1956), 114 C.C.C. 155; *R. c. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74; *R. c. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145, conf. par [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Hastings* (1985), 58 A.R. 108; *R. c. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176; *R. c. Pontello* (1977), 38 C.C.C. (2d) 262; *R. c. Haig* (1974), 26 C.R.N.S. 247; *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Knife* (1982), 16 Sask. R. 40; *R. c. Wood* (1979), 21 Crim. L.Q. 423; *R. c. Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472; *R. c. Morrisette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307; *R. c. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183; *R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304; *Olan c. La Reine*, C.S.C., n° 14000, 11 octobre 1977; *Berry c. British Transport Commission*, [1962] 1 Q.B. 306.

Statutes and Regulations Cited

- Act to provide for the Conditional Liberation of Penitentiary Convicts*, S.C. 1899, c. 49.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 12.
- Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 99(1), 120(1), (2), 128(1), 133(3), (4), 135(1).
- Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 161(1).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 235, 683(3), 687(1), 717(1), (2), (4)(c), 721(1), (3), 741.2 [ad. 1992, c. 20, s. 203], 744, 839(3).
- Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2 [am. 1976-77, c. 53].
- Parole Act*, S.C. 1958, c. 38, ss. 2(d), 11(1).
- Parole Regulations*, SOR/60-216, s. 2 [rep. & sub. SOR/73-298, s. 1].
- Penitentiary Act of 1868*, S.C. 1868, c. 75.
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

- Archibald, Bruce P. *Crime and Punishment: The Constitutional Requirements for Sentencing Reform in Canada*, August 1988.
- Campbell, Mary E., and David P. Cole. "Conditional Release Considerations in Sentencing" (1985), 42 C.R. (3d) 191.
- Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, 1987.
- Canada. *Report of a Committee Appointed to Inquire into the Principles and Procedures Followed in the Remission Service of the Department of Justice of Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1956.
- Code, W. E. Brett. "Proportionate Blameworthiness and the Rule Against Constructive Sentencing" (1992), 11 C.R. (4th) 40.
- Cole, David P., and Allan Manson. *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1990.
- Cross, Sir Rupert. *The English Sentencing System*, 2nd ed. London: Butterworths, 1975.
- Friedland, Martin L. "Controlling the Administrators of Criminal Justice" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 280.
- Rice, Michael E. "Fixed-Term Sentences of More Than 20 Years Versus Life Imprisonment" (1994), 36 *Crim. L.Q.* 474.

Lois et règlements cités

- Acte des pénitenciers de 1868*, S.C. 1868, ch. 75.
- Acte relatif à la libération conditionnelle des détenus aux pénitenciers*, S.C. 1899, ch. 49.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 12.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 235, 683(3), 687(1), 717(1), (2), (4)c, 721(1), (3), 741.2 [aj. 1992, ch. 20, art. 203], 744, 839(3).
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47.
- Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.C. 1958, ch. 38, art. 2d), 11(1).
- Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, ch. P-2 [mod. 1976-1977, ch. 53].
- Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 99(1), 120(1), (2), 128(1), 133(3), (4), 135(1).
- Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/60-216, art. 2 [abr. & rempl. DORS/73-298, art. 1].
- Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 161(1).

Doctrine citée

- Archibald, Bruce P. *Crime and Punishment: The Constitutional Requirements for Sentencing Reform in Canada*, August 1988.
- Campbell, Mary E., and David P. Cole. «Conditional Release Considerations in Sentencing» (1985), 42 C.R. (3d) 191.
- Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: La Commission, 1987.
- Canada. *Rapport d'un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au Service des pardons du ministère de la Justice du Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1956.
- Code, W. E. Brett. «Proportionate Blameworthiness and the Rule Against Constructive Sentencing» (1992), 11 C.R. (4th) 40.
- Cole, David P., and Allan Manson. *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1990.
- Cross, Sir Rupert. *The English Sentencing System*, 2nd ed. London: Butterworths, 1975.
- Friedland, Martin L. «Controlling the Administrators of Criminal Justice» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 280.
- Rice, Michael E. «Fixed-Term Sentences of More Than 20 Years Versus Life Imprisonment» (1994), 36 *Crim. L.Q.* 474.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 28 C.R. (4th) 106, 40 B.C.A.C. 7, 65 W.A.C. 7, reducing the cumulative sentence of 25 years' imprisonment imposed on the accused. Appeal allowed.

Elizabeth Bennett, Q.C., for the appellant.

Clayton C. Ruby, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ LAMER C.J. — In 1992, the respondent, C.A.M., pleaded guilty to numerous counts of sexual assault, incest, assault with a weapon, in addition to other lesser offences, arising from a largely uncontested pattern of sexual, physical and emotional abuse inflicted upon his children over a number of years. None of the offences committed by the respondent carried a penalty of life imprisonment. The trial judge, remarking that the offences of the respondent were “as egregious as any offences that I have ever had the occasion to deal with”, sentenced him to a cumulative sentence of 25 years, with individual sentences running both consecutively and concurrently. The British Columbia Court of Appeal, however, reduced the sentence of the respondent to 18 years and 8 months: (1994), 28 C.R. (4th) 106, 40 B.C.A.C. 7, 65 W.A.C. 7. Following a line of jurisprudence it had developed in recent years, the Court of Appeal concluded that where life imprisonment is not available as a penalty, the “principle of totality” requires trial judges to limit fixed-term cumulative sentences under the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, to a term of imprisonment of 20 years, absent special circumstances. Accordingly, the fundamental issue presented by this appeal concerns whether or not the Court of Appeal erred in law in holding that there is such a

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 28 C.R. (4th) 106, 40 B.C.A.C. 7, 65 W.A.C. 7, qui a réduit la peine cumulative de 25 ans d'emprisonnement imposée à l'accusé. Pourvoi accueilli.

Elizabeth Bennett, c.r., pour l'appelante.

Clayton C. Ruby, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu

LE JUGE EN CHEF LAMER — En 1992, l'intimé, C.A.M., a plaidé coupable à de nombreux chefs d'agression sexuelle, d'inceste, d'agression armée, ainsi qu'à d'autres infractions moins graves, résultant de sévices d'ordre sexuel, physique et émotif, pour la plupart non contestés, qu'il a infligés systématiquement à ses enfants durant un certain nombre d'années. Aucune des infractions commises par l'intimé n'était punissable par l'emprisonnement à perpétuité. Soulignant que les infractions reprochées à l'intimé étaient [TRADUCTION] «aussi atroces que tout ce dont [il avait] jamais eu à [s]'occuper», le juge du procès l'a condamné à une peine cumulative de 25 ans, certaines peines devant être purgées concurremment d'autres consécutivement. Toutefois, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a réduit la peine de l'intimé à 18 ans et 8 mois: (1994), 28 C.R. (4th) 106, 40 B.C.A.C. 7, 65 W.A.C. 7. Suivant une jurisprudence qu'elle avait établie au cours des années précédentes, la Cour d'appel a conclu que, dans les cas où l'emprisonnement à perpétuité n'est pas prévu comme peine, le «principe de totalité» commande que, sauf circonstances spéciales, les peines cumulatives d'une durée déterminée infligées par le juge du procès en vertu du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne dépassent pas 20 ans d'emprisonnement. En conséquence, la question fondamentale que soulève le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant à l'existence d'un tel plafond relatif applicable aux peines d'empri-

qualified ceiling on fixed-term sentences under the *Criminal Code*.

I. Factual Background

The respondent is a 55-year-old man with no prior history of criminal conduct. In 1972, after two previous marriages, the respondent married his third wife (now deceased). During that marriage, he fathered nine children. The children included an older pair of female twins, E.M.M. and J.P.M., born in 1974, and a number of younger male and female children. For most of his life, the respondent worked as a labourer across the Western provinces, alternatively employed as a hard rock miner, a truck driver, a mechanic and an oil field worker. As a result of the transient nature of his employment, the family was somewhat itinerant and moved frequently from locations in Manitoba, Alberta, Saskatchewan and British Columbia. In or about February 1987, the family moved to Fort Nelson, B.C., and in or about February, 1988, the family relocated again to Saanich, B.C.

On May 14, 1992, a Canada Post letter carrier called the Saanich Police Department to report that he had observed several young children who had been left unattended in distressing living conditions at the respondent's residence. At 1:30 p.m. that day, two police constables visited the residence accompanied by a social services worker. By their accounts, the residence contained no furniture or food, and was filthy. The children were barely clothed, malnourished, and slightly delirious. One constable also noticed numerous long-term scars over the arms and legs of the children. In his report, the same constable described his reaction to the exigent circumstances under which the children were living:

I have attended hundreds of residences in the past seven and a half years and in my opinion the residence was the worst I had ever seen, and that the children were in need of apprehension.

Upon inquiries, the older children advised the constables that their father, the respondent, had left the

sonnement d'une durée déterminée infligées en vertu du *Code criminel*.

I. Les faits

L'intimé est un homme de 55 ans qui n'a pas d'antécédents criminels. En 1972, après deux autres mariages, l'intimé a pris une troisième épouse (aujourd'hui décédée). Durant ce mariage, il a eu neuf enfants, dont les aînées étaient des jumelles, E.M.M. et J.P.M., nées en 1974, ainsi qu'un certain nombre d'autres plus jeunes enfants des deux sexes. Pendant la plus grande partie de sa vie, l'intimé a travaillé comme ouvrier un peu partout dans les provinces de l'Ouest, tour à tour comme mineur, chauffeur de camion, mécanicien ou travailleur dans les champs de pétrole. Vu la nature éphémère de ses emplois, la famille menait une vie quelque peu itinérante et a fréquemment déménagé d'un endroit à l'autre au Manitoba, en Alberta, en Saskatchewan et en Colombie-Britannique. Aux environs de février 1987, la famille a déménagé à Fort Nelson (C.-B.) et, vers février 1988, elle a déménagé de nouveau à Saanich (C.-B.).

Le 14 mai 1992, un facteur de Postes Canada a téléphoné au service de police de Saanich et signalé qu'il avait vu plusieurs jeunes enfants laissés sans surveillance, dans des conditions de vie déplorables au domicile de l'intimé. À 13 h 30 le même jour, deux policiers ont visité la demeure en compagnie d'un travailleur social. D'après leurs comptes rendus, celle-ci contenait ni meuble ni nourriture, et elle était dans un état dégoûtant. Les enfants étaient à moitié nus, sous-alimentés et légèrement confus. Un des policiers a également remarqué la présence de nombreuses cicatrices de longue date sur les bras et les jambes des enfants. Dans son rapport, ce policier a décrit sa réaction aux circonstances pénibles dans lesquelles vivaient les enfants:

[TRADUCTION] J'ai visité des centaines de résidences depuis sept ans et demi, mais, à mon avis, cette résidence était la pire qu'il m'avait été donné de voir, et les enfants avaient besoin d'être pris en charge.

Aux policiers qui les questionnaient, les plus âgés des enfants ont révélé que leur père, l'intimé, avait

home approximately one year before. The respondent, it would later be revealed, had left the residence in 1990 for Fort Nelson, and eventually Moose Jaw, Saskatchewan, following separation from his wife. In their ensuing discussions with the constables, the older daughters also began to disclose allegations of past physical and sexual abuse by their father.

4 In the next two days, one of the daughters met with the police constables, at which time she spoke at length concerning the physical and sexual abuse which she had suffered at the hands of the respondent. In the course of the ensuing investigation, the respondent was arrested in Moose Jaw and was returned to Victoria in police custody. On November 30, 1992, the respondent entered a plea of guilty before Filmer Prov. Ct. J. to an amended information which included five counts of assault with a weapon, two counts of assault, two counts of sexual assault, one count of incest and one count of uttering a threat. The respondent was convicted, and the judge ordered psychological and psychiatric evaluations and scheduled a hearing for the purpose of sentencing.

II. Sentencing Submissions

5 On February 8, 1993, Filmer Prov. Ct. J. convened a hearing to entertain submissions as to sentence. Although the respondent had been convicted of a number of serious offences, none of the offences carried life imprisonment as a penalty. The respondent, however, had pleaded guilty to one offence which bore a maximum term of imprisonment of 14 years, and to six offences which carried maximum terms of imprisonment of 10 years, in addition to the remaining lesser offences which carried maximum sentences of 5 years. The Crown, from the outset, requested a cumulative sentence of more than 20 years imprisonment given the magnitude of the respondent's crimes. In its oral and written submissions before the court, the Crown presented a psychological report by a Dr. Malcolm, a psychiatric report by a Dr. Lohrasbe, and written victim impact statements by E.M.M. and J.P.M., among other exhibits

quitté la maison environ un an auparavant. Comme on devait l'apprendre plus tard, il avait quitté la maison en 1990, d'abord pour Fort Nelson, puis pour Moose Jaw (Saskatchewan), après la séparation avec son épouse. Dans des conversations ultérieures avec les policiers, les plus âgées des filles ont également commencé à faire état des sévices d'ordre physique et sexuel dont elles auraient été victimes dans le passé aux mains de leur père.

Au cours des deux jours suivants, une des filles a rencontré les policiers et leur a à chaque occasion parlé longuement des sévices d'ordre physique et sexuel que l'intimé lui avait infligés. Dans le cours de l'enquête qui a suivi, l'intimé a été arrêté à Moose Jaw et ramené à Victoria sous garde policière. Le 30 novembre 1992, devant le juge Filmer de la Cour provinciale, il a plaidé coupable à une dénonciation modifiée comportant cinq chefs d'agression armée, deux de voies de fait, deux d'agression sexuelle, un d'inceste et un de menaces. L'intimé a été reconnu coupable, et le juge a ordonné qu'il subisse une évaluation psychologique et une évaluation psychiatrique, et fixé une audience en vue de la détermination de la peine.

II. Observations en vue de la détermination de la peine

Le 8 février 1993, le juge Filmer a convoqué une audience pour entendre les observations concernant la détermination de la peine. Même si l'intimé avait été reconnu coupable de plusieurs infractions graves, aucune d'elles n'était punissable par l'emprisonnement à perpétuité. L'intimé avait cependant reconnu sa culpabilité à une infraction punissable d'un emprisonnement maximal de 14 ans, à six infractions punissables chacune d'un emprisonnement maximal de 10 ans, ainsi qu'à des infractions moins graves et punissables chacune d'un emprisonnement de 5 ans. D'entrée de jeu, le ministère public a demandé une peine cumulative de plus de 20 ans d'emprisonnement, étant donné la gravité des crimes commis par l'intimé. Dans le cadre des observations orales et écrites qu'il a soumises à la cour, le ministère public a présenté un rapport psychologique préparé par un certain Dr Malcolm, un rapport psychia-

including letters and poems written by children. Counsel for the defence, in reply, contended that the Crown's request was excessive and that a sentence of 10 to 14 years was adequate to advance the sentencing goals of deterrence and denunciation. While conceding the "extensive" physical and sexual abuse committed by the respondent, counsel underscored his client's past personal experiences with abuse, his client's willingness to forego a painful trial, and his client's genuine expressions of remorse for his crimes.

Given that this appeal implicates questions concerning the reasonableness of the sentence imposed by Filmer Prov. Ct. J., I find it necessary to examine the sentencing submissions of both the Crown and the respondent in some depth in order to illustrate the full gravity of the respondent's crimes.

A. *Submissions of the Crown*

In the course of developing its submissions, the Crown revealed a disturbing, horrific pattern of physical and sexual abuse which the nine children suffered at the hands of the respondent. From 1988 to 1991, it does not appear to be seriously contested that the daily lives of these children were punctuated by cruel, spontaneous acts of aggravated violence perpetrated by their father. Rather than representing a caring figure of love and protection, their father appeared to represent a haunting, malevolent figure who instilled fear in their daily existence.

In its pleadings, the Crown described how the four eldest children suffered a long history of physical abuse which consisted of almost daily beatings administered by their father. Although the beatings normally involved the use of open hands, fists and feet, on more serious occasions they included the use of weapons such as steel-toed work boots, knives, belts, broomsticks, electrical

trique d'un certain D^r Lohrasbe et des déclarations écrites émanant de E.M.M. et J.P.M., ainsi que d'autres pièces, dont des lettres et des poèmes écrits par les enfants. En réponse, l'avocat de la défense a prétendu que la demande du ministère public était exagérée et qu'une peine de 10 à 14 ans respectait les objectifs de dissuasion et de réprobation visés par l'application des peines. Concedant que l'intimé avait commis des sévices [TRADUCTION] «considérables», l'avocat a souligné les sévices dont son client avait lui-même été victime dans le passé, la décision de ce dernier d'éviter un procès douloureux à ses enfants et les remords sincères qu'il avait exprimés à l'égard de ses crimes.

Comme le présent pourvoi soulève des questions ayant trait au caractère raisonnable de la peine infligée par le juge Filmer, j'estime nécessaire d'examiner de manière assez approfondie les observations présentées par le ministère public et par l'intimé relativement à la détermination de la peine, afin d'illustrer toute la gravité des crimes commis par l'intimé.

A. *Observations du ministère public*

Dans le cours de la présentation de ses observations, le ministère public a fait ressortir le caractère troublant et horrifique des sévices d'ordre physique et sexuel que les neuf enfants ont subis de façon systématique aux mains de l'intimé. Il ne semble pas être contesté sérieusement que, de 1988 à 1991, la vie quotidienne de ces enfants a été ponctuée d'actes cruels et spontanés de violence grave perpétrés par leur père. Plutôt que d'être pour ses enfants un père attentif, qui les aime et les protège, l'intimé a semblé incarner un être tourmentant et malveillant, qui leur inspirait quotidiennement de la crainte.

Dans ses plaidoiries, le ministère public a décrit la longue histoire de sévices d'ordre physique qu'ont endurés les quatre enfants les plus âgés, savoir les corrections presque quotidiennes subies aux mains de leur père. Même si ces corrections étaient généralement administrées par des coups à main ouverte, des coups de poing et des coups de pied, il est arrivé, dans certains cas plus graves,

6

7

8

cords, tools and (on one alleged occasion) a toaster. Although the children could not identify any discrete point in time during which the beatings began, the physical assaults assumed a regularity in timing and in intensity once the family had moved to Fort Nelson. The beatings did not appear to follow any consistent pattern of motivation on behalf of the respondent; at times, it appears that the respondent was motivated by spontaneous bursts of anger, while other times, the respondent's violence was provoked by superficial excuses related to the misbehaviour or failure of the children, such as the receipt of a poor report card or an incident of bed-wetting.

9 E.M.M., one of the two female twins, suffered some of the most severe abuse. On seemingly countless occasions, she was beaten with the bare hands of the respondent, including being thrown by the respondent against cupboards and down stairs. When the family moved to Victoria, she was subjected to more aggravated assaults involving repetitive whippings with a wet electrical cord, or with a leather belt emblazoned with metal snaps — an instrument the children would learn to call the “Devil’s Fang” because the hook of the buckle would cut skin when pulled away. E.M.M. also sustained beatings with miscellaneous household instruments ranging from broomsticks, screwdrivers, wrenches to hammers. According to her accounts, during one egregious incident, the respondent castigated her for burning toast by shoving her face into the hot toaster.

10 By the Crown’s description, the other children were similarly forced to endure a regular pattern of fist beatings. The respondent, however, appeared to single out his older children for the most violent abuse. Often, he would force the other children to watch as he targeted one particular child out for corporal punishment. The older children were all exposed to the electric cord whippings. The sheer

que des armes tels des chaussures de travail à embout d’acier, des couteaux, des ceintures, des manches à balai, des cordons électriques, des outils et (à une occasion, selon les allégations) un grille-pain soient utilisées. Même si les enfants n’étaient pas en mesure d’indiquer à quel moment précis les corrections avaient commencé, les agressions physiques sont devenues régulières — tant en fréquence qu’en intensité — après le déménagement de la famille à Fort Nelson. Les corrections ne paraissaient pas reposer sur quelque motivation cohérente de la part de l’intimé. Il semble que ce dernier agissait parfois sous le coup d’accès de colère spontanés, tandis qu’à d’autres occasions sa violence était provoquée par des situations banales découlant d’une faute ou d’un manquement des enfants, comme le fait de revenir avec un bulletin insatisfaisant ou de mouiller son lit.

E.M.M., une des jumelles, a subi certains des sévices les plus graves. L’intimé l’a battue à main ouverte un nombre apparemment incalculable de fois, la projetant notamment en bas d’escaliers et contre des armoires. Lorsque la famille a déménagé à Victoria, elle a été victime d’agressions plus sérieuses, y compris des corrections répétées infligées au moyen d’un cordon électrique mouillé ou d’une ceinture de cuir décorée de boutons de métal — instrument que les enfants en sont venus à appeler les [TRADUCTION] «croc du diable», parce que le crochet de la boucle déchirait la peau lorsque l’intimé ramenait la ceinture vers lui. E.M.M. a également été battue avec divers articles de maison, allant des manches à balai, tourne-vis et clés à molette jusqu’aux marteaux. Au dire de cette victime, durant un épisode particulièrement révoltant, son père l’a punie d’avoir brûlé des rôties en lui écrasant la figure contre le grille-pain encore chaud.

Selon la description faite par le ministère public, les autres enfants ont eux aussi subi des corrections régulières à coups de poing. Cependant, l’intimé semblait réserver les sévices les plus violents aux plus âgés. Souvent, il obligeait les autres enfants à assister aux châtiments corporels qu’il infligeait à un enfant en particulier. Les plus vieux ont tous été fouettés à coups de cordon électrique. La pure bru-

brutality of the respondent's whippings is clearly conveyed by E.M.M.'s description of the event. As she described one particular incident in her impact statement:

The cord was doubled and doubled and doubled until the whole thing looked like a bunch of hoops held together. Anyways he started whipping us with it, we still had our wet clothes on but after a few swats he told us to take them off. I remember us screaming with every strike, it felt like my whole entire body was being struck by lightning. The pain was so strong it felt like electrical shocks travelling all over my body with every whip. He didn't care where he hit. It landed on our backs, arms, legs, anywhere he pleased. Anyways, he wouldn't stop unless we stopped screaming. . . . I managed to stop screaming by biting into my cheeks and tongue finding out afterwards the reason he stopped was because he saw blood. I was bleeding and bruising on my back, buttocks, legs, arms and shoulders, but most of the bleeding and bruising was on my back. [Three of the children] had the same, only [J.P.M.] had it mostly on her legs, [another] had it mostly on his shoulders and arms, [the third] had it mostly on her butt.

One particular daughter suffered additional abuse because she would not (or could not) stop crying during and following her beatings. She was once purportedly hit so many times that she lost consciousness. One son was frequently kicked by the respondent's steel-toed boots in his shins, abdomen and back. J.P.M. was subjected to physical discipline administered with a wrench, a screwdriver and the flat portion of a knife. She still carries an approximately three-inch long scar on her arm when the respondent cut her while she was cleaning dishes.

The pain and suffering experienced by the three eldest daughters was magnified by a degrading pattern of sexual abuse inflicted by the respondent. According to the Crown's interviews with the victims, the respondent would watch and fondle all three children as they bathed and dressed themselves. When the family was living in Fort Nelson, both E.M.M. and J.P.M. were forced to masturbate

talité des corrections à coups de fouet administrées par l'intimé ressort clairement de la description que E.M.M. a donnée de ces événements. Voici comment elle a décrit un de ces épisodes dans sa déclaration écrite:

[TRADUCTION] Le cordon était plié et replié jusqu'à ce que le tout ressemble à un groupe d'anneaux retenus ensemble. Toujours est-il qu'il a commencé à nous fouetter avec cet objet. Au départ, nous avions encore nos vêtements mouillés sur le dos mais après quelques coups il nous a dit de les enlever. Je me rappelle que nous hurlions à chaque coup. C'était comme si tout mon corps était frappé par un éclair. La douleur était si intense que j'avais l'impression que des chocs électriques me traversaient le corps à chaque coup de fouet. Il se fichait de l'endroit où il frappait. Les coups nous pleuvaient sur le dos, les bras, les jambes, partout où cela lui plaisait. De toute façon, il ne s'arrêtait que si nous cessions de crier. [. . .] Je suis parvenue à arrêter de crier en me mordant les joues et la langue, et plus tard j'ai appris qu'il s'était arrêté à la vue du sang. J'avais le dos, les fesses, les jambes, les bras et les épaules couverts de sang et de bleus, mais c'est mon dos qui était le plus couvert de sang et de bleus. [Trois des enfants] ont subi le même traitement, sauf que [J.P.M.] était frappée surtout aux jambes, [un autre] surtout sur les épaules et les bras, et [la troisième] surtout sur les fesses.

Une des filles a subi des sévices additionnels parce qu'elle n'arrêtait pas (ou ne pouvait pas arrêter) de pleurer durant les corrections et après celles-ci. À une occasion, elle aurait reçu tellement de coups qu'elle aurait perdu conscience. Un des fils a souvent reçu des coups de chaussures et embout d'acier sur les tibias ainsi que dans l'abdomen et dans le derrière. J.P.M. a été soumise à des punitions corporelles administrées avec une clé à molette, un tourne-vis et le plat de la lame d'un couteau. Elle porte encore au bras une cicatrice d'environ trois pouces de long, qui lui a été faite par l'intimé pendant qu'elle lavait la vaisselle.

La douleur et les souffrances endurées par les trois filles plus âgées ont été exacerbées par les sévices sexuels dégradants et systématiques que l'intimé leur a infligés. Selon les entrevues menées par le ministère public auprès des victimes, l'intimé regardait et caressait ses trois filles pendant qu'elles prenaient leur bain et s'habillaient. Lorsque la famille vivait à Fort Nelson, E.M.M. et

the respondent and perform oral sex on him. E.M.M. recalls one night in Fort Nelson when the respondent had some of his friends over, and the group of men forced her to undress and collectively felt her genitalia. During one particularly disturbing occasion involving J.P.M. (an occasion which the respondent submits he does not recollect), the respondent allegedly invited his friends to the family residence, and permitted his friends to have intercourse with his young daughter in exchange for money. According to J.P.M.'s account of the event, when she resisted, the respondent helped physically restrain his daughter to facilitate the transaction.

12 When the family moved to Saanich in February 1988, the sexual assaults against three older female children became more frequent and grew in intensity. The bathroom fondlings became a regular event in the lives of E.M.M. and J.P.M. and they escalated to include full digital penetration by the respondent. When E.M.M. was about thirteen, she was forced to perform full intercourse with the respondent on a number of occasions in the parents' bedroom. J.P.M. too was compelled to engage in full intercourse with her father on more than one occasion. By her accounts, the accused would sleep in some days and call her into his room to have sex with him before he started his day. J.P.M. recalls that the last incident of intercourse occurred in the spring of 1991 shortly before her father had moved from the province.

13 The suffering and degradation experienced by the children from the physical and sexual abuse was only aggravated by the respondent's persistent, dehumanizing emotional abuse. The respondent exhibited a callous disregard for the emotional well-being of his children. As the Crown described, he would rarely call his offspring by their given names. Rather, he would ordinarily label them collectively according to an obscene expletive. Additionally, the respondent regularly terrorized his children with death threats. According to their statements, there appears to be little

J.P.M. ont toutes deux été forcées de masturber l'intimé et de lui faire la fellation. E.M.M. se souvient qu'un soir, à Fort Nelson, l'intimé avait invité certains de ses amis et que les hommes l'ont obligée à se dévêtir et ont tous touché à ses organes génitaux. Au cours d'un épisode particulièrement troublant concernant J.P.M. (épisode dont l'intimé prétend ne pas se rappeler), ce dernier aurait invité ses amis à la maison familiale et leur aurait permis d'avoir des relations sexuelles avec sa jeune fille contre rémunération. Selon le récit que J.P.M. a donné des faits, lorsqu'elle a résisté, l'intimé a aidé à l'immobiliser pour faciliter l'acte.

Lorsque la famille a déménagé à Saanich, en février 1988, les agressions sexuelles contre les trois filles les plus âgées sont devenues plus fréquentes et plus intenses. Les caresses dans la salle de bain sont devenues un événement régulier dans la vie de E.M.M. et de J.P.M., l'intimé allant éventuellement jusqu'à la pénétration complète avec ses doigts. Lorsqu'elle avait environ treize ans, E.M.M. a été obligée d'avoir des relations sexuelles complètes avec l'intimé à de nombreuses reprises dans la chambre des parents. J.P.M. elle aussi a été forcée d'avoir des relations sexuelles complètes avec son père plus d'une fois. Au dire de cette dernière, certains jours l'accusé faisait la grasse matinée et l'appelait dans sa chambre afin d'avoir des rapports sexuels avec elle avant de commencer la journée. Elle se souvient que les dernières relations sexuelles sont survenues au printemps 1991, peu avant que son père quitte la province.

Les sévices d'ordre émotif constants et déshumanisants que leur infligeait leur père ne faisaient qu'exacerber les souffrances et les humiliations endurées par les enfants en raison des sévices d'ordre physique et sexuel. L'intimé a fait montre d'une indifférence implacable à l'égard du bien-être émotif de ses enfants. Comme l'a indiqué le ministère public, l'intimé appelait rarement ses enfants par leurs noms. Au contraire, il les désignait généralement de façon collective par un juron obscène. De plus, il les terrorisait régulièrement en les menaçant de mort. Suivant leurs décla-

doubt that the children were convinced that their father would kill them if they ever discussed the abuse they had experienced under his care.

The Crown's submissions and the children's respective impact statements suggest that the abused children will continue to experience the devastating consequences of the respondent's physical, sexual and emotional abuse for a significant time to come. The children appear to live in enduring fear that even if their father is sent to prison, he will eventually return and kill them. As Dr. Lohrasbe indicated in his psychiatric report:

The family are totally terrorized. They believe that [C.A.M.] will somehow return to carry out his threats. They are fearful that he will work his way through the correctional system, or escape, and return to carry out his threats. It is unlikely that these fears will subside any time soon.

The children are clearly withdrawn, and they appear to have experienced considerable difficulty in socially adjusting to their environment at school. Perhaps most tragically of all, the children seem to partially blame themselves for the physical and sexual brutality they experienced at the hands of their father. In her statement, E.M.M. rebukes herself for the cruel abuse she has suffered:

It's driving me crazy! I mean how could I let these people treat me so badly? Why did I allow my body to go through all the torture and pain? How could I be so stupid?

Dr. Lohrasbe expressed considerable pessimism over whether the children would ever fully recover from the lasting effects of the abuse they had endured. As the doctor expressed his clinical findings in his report: "there is little doubt in my mind that recovery, if it is to occur, will take many, many years".

The Crown argued on the basis of the psychological report and the psychiatric report that the

rations, il semble faire peu de doute que les enfants étaient convaincus que leur père les tuerait si jamais ils parlaient des sévices qu'ils ont subis pendant qu'ils étaient sous sa garde.

Les observations du ministère public et les déclarations écrites respectives des enfants tendent à indiquer que les enfants qui ont été maltraités continueront pendant encore longtemps de souffrir des séquelles dévastatrices des sévices d'ordre physique, sexuel et émotif que leur a infligés l'intimé. Les enfants semblent vivre dans la crainte constante que même si leur père va en prison il reviendra éventuellement les tuer. Comme l'a indiqué le Dr Lohrasbe dans son rapport psychiatrique:

[TRADUCTION] La famille est complètement terrorisée. Ils croient que [C.A.M.] reviendra d'une manière ou d'une autre mettre ses menaces à exécution. Ils craignent qu'il trouve un moyen d'obtenir sa libération du système correctionnel, ou encore qu'il s'échappe, et revienne mettre ses menaces à exécution. Il est peu probable que ces craintes se dissipent de sitôt.

Les enfants sont manifestement renfermés, et ils semblent avoir eu beaucoup de difficulté à s'adapter socialement au milieu scolaire. Ce qui est peut-être le plus tragique, c'est que les enfants semblent s'imputer une part du blâme pour la brutalité physique et sexuelle dont ils ont été victimes aux mains de leur père. Dans sa déclaration écrite, E.M.M. se reproche les sévices cruels qu'elle a subis:

[TRADUCTION] Cela me rend folle! Ce que je veux dire, c'est comment ai-je pu laisser ces gens me maltraiter autant? Pourquoi ai-je permis que l'on fasse subir à mon corps toutes ces tortures et toutes ces douleurs? Comment ai-je pu être aussi stupide?

Le Dr Lohrasbe s'est montré très pessimiste quant à la possibilité que les enfants se remettent jamais tout à fait des effets durables des sévices qu'ils ont endurés. Comme il le dit dans les conclusions cliniques de son rapport: [TRADUCTION] «il fait peu de doute dans mon esprit que la guérison, si elle survient, prendra beaucoup, beaucoup d'années».

Le ministère public a plaidé, en se fondant sur le rapport psychologique et le rapport psychiatrique,

respondent enjoys few prospects for rehabilitation. In his report, Dr. Lohrasbe cast serious doubt on the sincerity of the respondent's *ex post* expressions of remorse. As the expert expressed his view:

In regards to rehabilitating this man, it is important for me to point out that [C.A.M.] currently shows little interest or motivation in genuine change. His verbal expressions of contrition appear to be little more [than] a contrivance to protect his self-esteem. He is unwilling to acknowledge, never mind change, his more serious acts.

More generally, Dr. Lohrasbe concluded that the respondent experiences "severe and pervasive distortions in his personality that overlap several discrete diagnostic patterns of personality disorder". Accordingly, the psychiatrist was not optimistic about the respondent's possibilities for reform. As the psychiatrist described his diagnostic conclusions:

The extent and depth of the personality distortions suggest that it is going to be extraordinarily difficult to change this man's attitudes and behaviour. . . .

Individuals with less severe syndromes of controlling abuse are still difficult treatment candidates. There is no recognized treatment method by which change can predictably occur. With [C.A.M.], it would be wise to assume that very little, if anything, can be done to examine and eliminate the causes of his offending. It will have to be assumed that, at whatever point he is able to dominate other individuals, he will continue in his controlling and abusive ways.

Dr. Malcolm, the psychologist, generally shared Dr. Lohrasbe's pessimism. As Dr. Malcolm concluded in his report:

Certainly, therapy should be made available to [the respondent] but at the present time it has not been notable for success in others with this diagnostic pattern. Sadly, given [the respondent's] long history of abusing all three of his wives and many of his children it is difficult to presume that his aggressiveness towards others, especially family members, would diminish. . . . There is no present reason to assume that this pattern would

que l'intimé présente peu de perspectives de réadaptation. Dans son rapport, le D^r Lohrasbe a dit douter sérieusement de la sincérité des remords exprimés après coup par l'intimé. Voici comment l'expert a exprimé cette opinion:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la réadaptation de cet homme, il importe que je signale que [C.A.M.] manifeste actuellement peu d'intérêt ou de motivation à changer vraiment. Ses paroles de regret ne semblent guère plus qu'un mécanisme de protection de son amour-propre. Il n'est pas disposé à admettre ses actes plus graves, et encore moins à changer ces comportements.

De manière plus générale, le D^r Lohrasbe a conclu que l'intimé souffre d'[TRADUCTION] «altérations graves et profondes de la personnalité, qui correspondent à plusieurs formes diagnostiques distinctes de troubles de la personnalité». Par conséquent, le psychiatre a dit ne pas être optimiste quant à la possibilité que l'intimé corrige son comportement. Comme il l'a indiqué dans ses conclusions diagnostiques:

[TRADUCTION] L'ampleur et la profondeur des altérations de la personnalité tendent à indiquer qu'il va être extrêmement difficile de changer les attitudes et le comportement de cet homme. . . .

Même des individus montrant des syndromes moins graves de domination se révèlent des patients difficiles à traiter. Il n'existe pas de traitement reconnu permettant de prédire un changement. En ce qui concerne [C.A.M.], il serait sage de présumer qu'il y a très peu de choses que l'on puisse faire, si effectivement quelque chose peut être fait, pour examiner et éliminer les causes de son comportement fautif. Il faudra présumer que tant qu'il sera en mesure de dominer d'autres individus il continuera ses comportements dominateurs et brutaux.

Le D^r Malcolm, le psychologue, partage généralement le pessimisme du D^r Lohrasbe, et il a formulé la conclusion suivante dans son rapport:

[TRADUCTION] Certes, il faudrait offrir une thérapie à [l'intimé], mais à l'heure actuelle cela n'a pas donné de résultats notables chez d'autres individus présentant le même diagnostic. Malheureusement, vu la longue histoire de mauvais traitements infligés [par l'intimé] à ses trois épouses et à plusieurs de ses enfants, il est difficile de présumer que son agressivité envers autrui, spécialement envers les membres de sa famille, diminuera. [. . .]

change without intensive therapy which may well, as noted, be unsuccessful.

Accordingly, in light of the devastating pattern of physical, sexual and emotional abuse the respondent inflicted upon his children, and in light of the respondent's questionable prospects for rehabilitation, the Crown requested a stringent term of imprisonment in excess of 20 years. The Crown was of the view that a term of 30 years might even be warranted by the crimes of the respondent.

B. *Submissions of Counsel for the Defence*

In his submissions, counsel for the defence largely accepted the Crown's account of the physical and sexual abuse committed by the respondent. It was admitted that "there can be no doubt" that the abuse visited by the respondent upon his children was both "extensive" and "terrible". Counsel, however, did take issue with some of the particular allegations of the Crown. While the respondent recalls striking and kicking the children on numerous occasions, including with the electrical cord, he could not recall assaulting the children with a knife or a screwdriver. Furthermore, in relation to the sexual abuse, contrary to the Crown's suggestion, he asserted that he only had sexual intercourse with E.M.M. and J.P.M. on a few discrete occasions. He also denied recollection of the incident during which he purportedly held down J.P.M. for the benefit of his friends. But on the whole, the respondent did not seriously dispute the larger pattern of physical, sexual and emotional abuse depicted by the Crown.

Counsel did, however, spend considerable effort in calling attention to the mitigating circumstances surrounding the respondent's crimes. To begin, counsel underscored the respondent's dysfunctional childhood and troubled youth. As a result of recently revived memories which had allegedly been repressed, C.A.M. contends that he has dis-

Il n'y a actuellement aucune raison de supposer que ce comportement changerait sans l'aide d'une thérapie intensive qui, comme on l'a souligné, pourrait bien s'avérer infructueuse.

Par conséquent, compte tenu du caractère dévastateur des sévices d'ordre physique, sexuel et émotif que l'intimé a fait subir à ses enfants et compte tenu de ses perspectives douteuses de réadaptation, le ministère public a réclamé une peine d'emprisonnement sévère de plus de 20 ans, et a dit être d'avis qu'une peine de 30 ans pourrait même être justifiée en raison des crimes commis par l'intimé.

B. *Observations de l'avocat de la défense*

Dans ses observations, l'avocat de la défense a accepté en grande partie le récit que le ministère public a fait des sévices d'ordre physique et sexuel commis par l'intimé. Il a été admis qu'[TRADUCTION] «il ne fait pas de doute» que les sévices infligés par le père à ses enfants étaient à la fois «considérables» et «terribles». L'avocat a toutefois contesté certaines allégations du ministère public. Même s'il se rappelle avoir donné des coups de pied aux enfants et de les avoir frappés, à de nombreuses occasions, notamment avec le cordon électrique, l'intimé ne pouvait se souvenir de les avoir agressés avec un couteau ou un tourne-vis. De plus, en ce qui concerne les sévices sexuels, contrairement aux allégations du ministère public, l'intimé a déclaré qu'il n'avait eu des relations sexuelles avec E.M.M. et J.P.M. qu'à quelques occasions distinctes. Il a également dit ne pas se souvenir de l'épisode où il aurait immobilisé J.P.M. pour que ses amis puissent en profiter. Dans l'ensemble, toutefois, l'intimé n'a pas contesté sérieusement le tableau plus global de sévices d'ordre physique, sexuel et émotif décrit par le ministère public.

Cependant, l'avocat a déployé beaucoup d'efforts pour attirer l'attention sur les circonstances atténuantes des crimes de l'intimé. Tout d'abord, il a souligné l'enfance dysfonctionnelle et la jeunesse troublée de l'intimé. À la suite de souvenirs récemment ravivés et qui auraient été réprimés, C.A.M. affirme avoir découvert qu'il a lui-même été vic-

16

17

18

covered that he himself was a victim of sexual abuse at a very early age. He also emphasized the long-term trauma he has suffered in relation to two near-death experiences, one in relation to a serious automobile accident, and one in relation to "mine gassings" which occurred while he was working as a miner.

19

In addition to the foregoing factors, the respondent also stressed his advanced age, and his willingness to plead guilty to almost all of the counts of the information in order to avoid having his children endure the pain of a lengthy trial. As well, it was contended through counsel that responsibility for the abuse of the children ought to be shared with his deceased wife; in his characterization of the relevant events, the mother was a "willing participant" in the physical beatings of the children. Finally, he represented that he was genuinely remorseful for his crimes. In light of all these factors, counsel for the defence submitted that an appropriate term of imprisonment should be set at 10 to 14 years.

III. Judgments Below

A. *Provincial Court*

20

At the outset, Filmer Prov. Ct. J. commented that the crimes of the respondent were "as egregious as any offences that I have ever had the occasion to deal with, either as counsel or in these courts". He further remarked that "[t]his matter transcends what I would consider the parameters of the worst case". However, he noted that none of the respondent's offences carried life imprisonment as an available punishment. Furthermore, he took cognizance of two recent rulings of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Rooke*, B.C.C.A., Victoria Registry V000354 and V000355, February 9, 1990, [1990] B.C.J. No. 643, and *R. v. D. (G.W.)*, Vancouver Registry CA009244, March 8, 1990, [1990] B.C.J. No. 728 (*sub nom. R. v. Danchella*), which held that where life imprisonment is available as a punishment but is not imposed, the maximum numerical sentence

time de sévices sexuels en très bas âge. Il a également insisté sur le traumatisme à long terme dont il a souffert par suite de deux expériences où il a frôlé la mort, dans un cas un grave accident d'automobile et dans l'autre des [TRADUCTION] «intoxications au gaz» survenues pendant qu'il travaillait comme mineur.

Outre les facteurs susmentionnés, l'intimé a aussi souligné son âge avancé et sa décision de plaider coupable à pratiquement tous les chefs de la dénonciation afin d'éviter à ses enfants un procès long et douloureux. De même, il a également été plaidé par l'avocat que la défunte de l'intimé avait une part de responsabilité dans les mauvais traitements infligés aux enfants; de la façon dont il décrit les événements en cause, la mère était une [TRADUCTION] «participante consentante» aux corrections administrées aux enfants. Enfin, l'intimé a affirmé qu'il se repentait sincèrement de ses crimes. Compte tenu de tous ces facteurs, l'avocat de la défense a plaidé que la peine d'emprisonnement appropriée devrait être de 10 à 14 ans.

III. Décision des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale*

Au départ, le juge Filmer a fait remarquer que les crimes de l'intimé étaient [TRADUCTION] «aussi atroces que tout ce dont [il avait] jamais eu à [s]'occuper, tant comme avocat que comme juge». Il a ajouté: «[l]a présente affaire dépasse ce que je considère être les paramètres du cas le plus grave». Il a toutefois souligné qu'aucune des infractions commises par l'intimé n'était punissable par l'emprisonnement à perpétuité. En outre, il a pris connaissance de deux décisions récentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. c. Rooke*, greffe de Victoria V000354 et V000355, 9 février 1990, [1990] B.C.J. No. 643, et *R. c. D. (G.W.)*, greffe de Vancouver CA009244, 8 mars 1990, [1990] B.C.J. No. 728 (*sub nom. R. c. Danchella*), où il a été jugé que, dans les cas où l'emprisonnement à perpétuité peut être infligé mais qu'il ne l'est pas, la peine d'emprisonnement chif-

available under the *Criminal Code* is 20 years imprisonment, absent special circumstances warranting a more onerous sentence.

Filmer Prov. Ct. J. concluded that the qualified ceiling on sentences established in *Rooke* and *D. (G.W.)* did not apply in this instance, as the *ratio decidendi* of that line of jurisprudence was limited to circumstances where life imprisonment was available as penalty. Accordingly, he held that he could consider sentences which exceeded 20 years.

Filmer Prov. Ct. J. found that, based on the psychological and psychiatric reports, “therapy in this particular matter, if it is to be successful at all, will take a protracted period of time”. He then stressed the “extremely high” and “shocking” level of violence exhibited in the respondent’s physical and sexual abuse, and the “devastating consequences to the victims” resulting from the abuse. With these factors in mind, Filmer Prov. Ct. J. concluded that a cumulative sentence of 25 years, with no credit for time served, was appropriate and just. As he reasoned:

[The circumstances of this case] fit[] all of the criteria of the serious side of this type of offence. It is in the extreme upper limits. . . .

It is my view that the sentence in this particular case must exceed twenty years I know I potentially walk in harm’s way if the Court of Appeal feels that their dictate is that a sentence that is not a life sentence should only in very limited circumstances not exceed twenty years. . . .

I intend to use a sentence in this particular matter that, in my view, will give the parole system an opportunity to function appropriately. I think they require a significant period of rehabilitation, of counselling . . . in this man’s best interests.

To give effect to this aggregate sentence, Filmer Prov. Ct. J. structured his sentencing order according to the following terms, with a number of particular sentences running concurrently.

frée maximale qui peut alors être imposée en vertu du *Code criminel* est de 20 ans, sauf circonstances spéciales justifiant une peine plus lourde.

Le juge Filmer a conclu que le plafond relatif établi dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)* ne s’appliquait pas en l’espèce, car les motifs déterminants de ces décisions ne visaient que les cas où l’emprisonnement à perpétuité était une peine applicable. En conséquence, il a statué qu’il pouvait envisager des peines dépassant 20 ans.

Le juge Filmer a conclu, à la lumière du rapport psychologique et du rapport psychiatrique, qu’[TRADUCTION] «en l’espèce, la thérapie, si elle a quelque chance de réussir, prendra beaucoup de temps». Il a ensuite insisté sur la violence «extrême» et «choquante» des sévices d’ordre physique et sexuel infligés par l’intimé et sur leurs «conséquences dévastatrices pour les victimes». Tenant compte de ces facteurs, le juge Filmer a statué qu’une peine cumulative de 25 ans, sans soustraction du temps déjà purgé, était juste et appropriée. Voici son raisonnement:

[TRADUCTION] [Les circonstances de l’espèce] concordent[] avec tous les critères des cas graves de ce genre d’infraction. Le présent cas se situe à l’extrémité de la limite supérieure. . . .

J’estime que dans ce cas précis la peine doit dépasser 20 ans. [. . .] Je sais que je m’aventure peut-être en terrain fragile si la Cour d’appel estime, suivant ses prescriptions, que ce n’est que dans de très rares cas qu’une peine autre que l’emprisonnement à perpétuité peut dépasser 20 ans. . . .

J’entends infliger, dans la présente affaire, une peine qui, à mon avis, permettra au régime de libération conditionnelle de fonctionner adéquatement. Je crois qu’une longue période de réadaptation, de counselling s’impose, [. . .] dans l’intérêt de cet homme.

En vue de l’exécution de la peine totale, le juge Filmer a établi son ordonnance conformément aux modalités suivantes, un certain nombre de peines devant être purgées concurremment.

21

22

23

Consecutive Sentences

Offence	Criminal Code Provision	Max. Statutory Sentence (Years)	Sentence Imposed (Years)
Sexual Assault	s. 271	10	8
Incest	s. 155(1)	14	7
Sexual Assault	s. 271	10	5
Assault w/Weapon	s. 267(1)	10	5
Total	-	-	25

Concurrent Sentences

Offence	Criminal Code Provision	Max. Statutory Sentence (Years)	Sentence Imposed (Years)
Assault w/Weapon	s. 267(1)	10	3
Assault w/Weapon (Three Counts)	s. 267(1)	10 (chacune)	6 (total)
Common Assault	s. 266	5	3
Common Assault	s. 266	5	2
Threatening	s. 264.1(1)(a)	5	1
Total	-	-	15

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 28 C.R. (4th) 106

24

In contrast to *Filmer* Prov. Ct. J., the majority of the Court of Appeal held that the qualified ceiling on fixed-term sentences set out in *Rooke* and *D. (G.W.)* applied equally to cases of cumulative sentencing where life imprisonment is not available as a penalty. Accordingly, the majority (Wood J.A. and Rowles J.A.) concluded that “the principle of totality” required the Court to reduce the respondent’s sentence from 25 years to 18 years and 8 months’ imprisonment, incorporating credit for time served prior to the imposition of sentence.

1. Reasons of Wood J.A.

25

While Wood J.A. agreed with the trial judge that the respondent ought to be sentenced to a “severe” punishment, Wood J.A. was not persuaded that the traditional objectives of sentencing would be better served in this instance through a sentence of 25 years relative to a sentence of 20 years. As he explained, at p. 116:

The [respondent’s] crimes against his children were such as to bring forth in all decent and right thinking

Peines consécutives

Infraction	Dispositions du Code criminel	Peine max. prévue (années)	Peine infligée (années)
Agression sexuelle	art. 271	10	8
Inceste	art. 155(1)	14	7
Agression sexuelle	art. 271	10	5
Agression armée	art. 267(1)	10	5
Total	-	-	25

Peines concurrentes

Infraction	Dispositions du Code criminel	Peine max. prévue (années)	Peine infligée (années)
Agression armée	art. 267(1)	10	3
Agression armée (Trois chefs)	art. 267(1)	10 (chacune)	6 (total)
Voies de fait simples	art. 266	5	3
Voies de fait simples	art. 266	5	2
Menaces	art. 264.1(1)(a)	5	1
Total	-	-	15

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1994), 28 C.R. (4th) 106

Contrairement au juge *Filmer*, la Cour d’appel a statué à la majorité que le plafond relatif visant les peines d’une durée déterminée qui a été fixé dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)* s’appliquait également dans les cas où des peines cumulatives sont infligées mais où l’emprisonnement à perpétuité n’est pas une des peines prévues. Par conséquent, les juges formant la majorité (le juge Wood et le juge Rowles) ont conclu que «le principe de totalité» exigeait que la cour réduise de 25 ans à 18 ans et 8 mois la peine d’emprisonnement de l’intimé, soustraction faite du temps déjà purgé avant le prononcé de la peine.

1. Motifs du juge Wood

Même si le juge Wood a convenu avec le juge du procès que l’intimé devait être condamné à une peine [TRADUCTION] «sévère», il n’était pas convaincu que, en l’espèce, une peine de 25 ans servirait mieux les objectifs traditionnels de la détermination de la peine qu’une peine de 20 ans. Comme il l’a expliqué à la p. 116:

[TRADUCTION] Les crimes [que l’appelant a commis] contre ses enfants sont tels qu’ils font naître chez tous

people a natural desire to see the most severe form of punishment imposed upon him. But the law stands between the convicted felon and such natural emotions. The law requires a principled approach to sentencing, one that restrains the urge to punish by its adherence to definable and rational sentencing objectives, as well as by its acceptance of such guidance as Parliament has offered in the *Criminal Code* and in other statutes such as the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20.

I do not need to dwell at length on the proper objectives of sentencing which have been recognized and accepted many times in past decisions of this court. Suffice it to say that general deterrence, denunciation, and direct protection of the public through isolation, are all accepted objectives of punishment which in this case, whether considered individually or collectively, require that a long sentence of imprisonment be imposed on the [respondent]. What must be asked, however, is whether those objectives are significantly better served by a total sentence substantially in excess of twenty years than they would be by a sentence of twenty years. In my view, there is no reason to think that they would be. [Emphasis added.]

To illustrate his point, Wood J.A. proceeded to examine whether or not a marginal increase in sentence of five years beyond a sentence of 20 years would, in this instance, result in a significant advancement of the sentencing goals of deterrence, denunciation, rehabilitation and the protection of society. To begin, he argued that an increased sentence of 25 years imprisonment would not better promote the objectives of general and specific deterrence; relying on the empirical research he outlined in his concurring judgment in *R. v. Sweeney* (1992), 11 C.R. (4th) 1 (B.C.C.A.), Wood J.A. further argued that the incremental deterrent effect of an increased sentence drops off sharply past the 20-year mark. Wood J.A. also argued that the incremental returns to societal denunciation follow a similar path of diminishing returns. As he stated: "it does not seem realistic to assume that the measure of society's denunciation of this appellant's crimes would be lessened in any way by imposing a sentence of twenty years" (p. 116). On that point, he noted that denunciation ought to be distinguished from its "illegitimate retributive cousin", as "retribution is not a legitimate goal of sentenc-

les gens honnêtes et sensés le désir naturel de lui voir imposer la punition la plus sévère. Mais la loi s'interpose entre le criminel condamné et ces sentiments par ailleurs naturels. La loi exige que l'on détermine la peine d'une façon raisonnée, d'une façon qui restreigne cette forte envie de punir en appliquant des objectifs définissables et rationnels en la matière, ainsi que les directions données par le législateur fédéral dans le *Code criminel* et dans d'autres lois comme la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.

Je n'ai pas besoin de m'attarder aux objectifs appropriés de la détermination de la peine, objectifs qui ont à maintes reprises été reconnus et acceptés dans des décisions antérieures de notre cour. Qu'il suffise de dire que la dissuasion, la réprobation et la protection directe du public par la mise à l'écart du criminel sont autant d'objectifs admis en matière de châtement et qui, en l'espèce, qu'ils soient pris individuellement ou collectivement, commandent l'application d'une longue peine d'emprisonnement [à l'appelant]. Il convient toutefois de se demander si ces objectifs seront vraiment mieux servis par une peine totale considérablement supérieure à 20 ans que par une peine de 20 ans. À mon avis, il n'y a pas de raison de croire qu'ils le seraient. [Je souligne.]

Pour illustrer son point, le juge Wood s'est ensuite demandé si une légère majoration de cinq ans de la peine en sus d'une peine de 20 ans favoriserait davantage, en l'espèce, la réalisation des objectifs de dissuasion, de réprobation, de réadaptation et de protection de la société visés par la détermination de la peine. Il a d'abord avancé qu'une peine d'emprisonnement haussée à 25 ans ne servirait pas mieux les objectifs de dissuasion générale et de dissuasion spécifique. S'appuyant sur les recherches empiriques dont il avait fait état dans ses motifs concordants dans l'arrêt *R. c. Sweeney* (1992), 11 C.R. (4th) 1 (C.A.C.-B.), le juge Wood a affirmé de plus que, une fois passée la barre des 20 ans, l'effet dissuasif des peines diminue nettement. Il a également dit que l'efficacité de l'objectif de réprobation de la société à l'égard des crimes suivait la même courbe décroissante. Comme il l'a déclaré: [TRADUCTION] «il ne semble pas réaliste de présumer que l'application d'une peine de 20 ans réduirait de quelque façon la réprobation qu'éprouve la société à l'égard des crimes de l'appelant» (p. 116). À cet égard, citant *R. c. Hinch and Salanski*, [1968] 3 C.C.C. 39

ing”, citing *R. v. Hinch and Salanski*, [1968] 3 C.C.C. 39 (B.C.C.A.).

27

Along the same theme, he argued that relative to a 20-year sentence, a 25-year sentence would not significantly advance the utilitarian goals of the protection of society and the rehabilitation of the offender given the present structure of the *Criminal Code* and the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the “*Corrections Act*”). With respect to the former goal, Wood J.A. noted that under the combined parole eligibility provisions of both statutes, an increase in sentence to 25 years would not significantly extend the respondent’s eligible date for parole. As he explained (at p. 117):

As for the extra protection society receives from the imposition of an isolative sentence of twenty-five years, it must be noted that, in the absence of an order under s. 741.2 of the *Criminal Code*, and no such order was made in this case, the minimum eligibility date for a full parole in respect of all sentences, except those imposed for murder and treason, is the lesser of one third of the sentence imposed and seven years, calculated from the date of sentencing. Thus, if the prison system has the rehabilitative effect on the [respondent] which the trial judge apparently expects it to have, the increase in the isolative “value” of the sentence he imposed, compared with one of twenty years, is potentially limited to an additional four months of imprisonment, with the balance of the sentence served under parole. [Emphasis added.]

With respect to the latter goal, Wood J.A. concluded that in the absence of dangerous offender proceedings initiated by the Crown, the trial judge was not entitled to impose a lengthy term of sentence to reflect the respondent’s resistance to rehabilitation. As he continued (at p. 117):

(C.A.C.-B.), il a souligné qu’il fallait faire une distinction entre la réprobation et son «cousin illégitime, le châtement», car «le châtement n’est pas un objectif légitime de la détermination de la peine».

Dans la même veine, il a avancé que, comparativement à une peine de 20 ans, une peine de 25 ans n’aurait pas pour effet de favoriser de façon importante la réalisation des objectifs utilitaristes de protection de la société et de réadaptation du contrevenant, vu la structure actuelle du *Code criminel* et de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la «*Loi sur le système correctionnel*»). En ce qui concerne le premier objectif, le juge Wood a signalé que, compte tenu de l’effet conjugué des dispositions des deux lois qui portent sur l’admissibilité à la libération conditionnelle, le fait de majorer la peine à 25 ans ne reporterait pas de beaucoup le moment où l’intimé serait admissible à la libération conditionnelle. Voici ses explications à cet égard (p. 117):

[TRADUCTION] Quant à la protection supplémentaire dont la société bénéficie par suite de l’application d’une peine prononçant la mise à l’écart de l’individu pour 25 ans, il convient de signaler qu’en l’absence de l’ordonnance prévue à l’art. 741.2 du *Code criminel*, d’ailleurs aucune ordonnance de ce genre n’a été rendue en l’espèce, le délai minimal pour l’admissibilité à la libération conditionnelle totale relativement à toutes les peines, sauf celles imposées en cas de meurtre et de trahison, est le moindre du tiers de la peine imposée ou sept ans, calculé à compter de la date de la détermination de la peine. Ainsi, si le système pénitentiaire a sur l’intimé l’effet de réadaptation qu’espère apparemment le juge du procès, l’allongement de la période de mise à l’écart découlant de la peine qu’il a imposée, comparativement à une peine de 20 ans, pourrait se limiter à quatre mois supplémentaires d’emprisonnement, le reste de la peine étant purgé en la libération conditionnelle. [Je souligne.]

Quant au deuxième objectif, le juge Wood a conclu que, comme le ministère public n’avait pas présenté de demande en vue de faire déclarer l’intimé délinquant dangereux, le juge du procès n’avait pas le droit d’imposer une longue peine d’emprisonnement tenant compte de la résistance de l’intimé à sa réadaptation. Le juge a poursuivi ainsi (à la p. 117):

[The trial judge] was apparently of the view that an additional five years of parole supervision would add substantially to the rehabilitative value of the sentence he imposed. With respect, the appellant was 52 years of age when sentenced. If there was any realistic possibility that he would not be fully rehabilitated by the time he finished serving his parole from a twenty-year sentence, the Crown had an obligation to bring dangerous offender proceedings against him. No such proceedings were brought. [Emphasis added.]

More fundamentally, in his examination of the parole eligibility scheme of the *Corrections Act*, Wood J.A. suggested that Parliament did not contemplate fixed-term sentences beyond 20 years under the *Code*. To begin, under s. 120(1) of the *Corrections Act*, as a default rule, any sentence beyond 20 years carries a fixed parole eligibility date of seven years. As such, Wood J.A. concluded that “at least for the purposes of parole eligibility, Parliament regards the numerical difference between a sentence of twenty-one years and anything in excess thereof, including life imprisonment, as largely irrelevant” (p. 118). Secondly, as a result of s. 120(2) of the *Corrections Act*, Wood J.A. noted that if the respondent could be sentenced to life imprisonment, he would be eligible for parole before the date he would be eligible for parole if he were sentenced to 21 years or more. Given the counter-intuitive implication that a person sentenced to life for a more serious offence would be eligible for parole before a person sentenced to 20 or more years for a less serious offence, Wood J.A. strongly intimated that Parliament did not intend for trial judges to impose numerical sentences beyond 20 years’ imprisonment.

[TRANSDUCTION] [Le juge du procès] était apparemment d’avis que cinq années supplémentaires de libération conditionnelle surveillée accroîtraient considérablement l’effet de réadaptation de la peine qu’il imposait. En toute déférence, l’appelant était âgé de 52 ans lorsque la peine a été prononcée. S’il existait quelque réelle possibilité que l’appelant ne soit pas tout à fait réadapté au terme de sa période de libération conditionnelle fondée sur une peine d’emprisonnement de 20 ans, le ministère public avait l’obligation de présenter une demande en vue de le faire déclarer délinquant dangereux. Aucune demande de ce genre n’a été présentée. [Je souligne.]

Plus fondamentalement, dans le cours de son examen du régime d’admissibilité à la libération conditionnelle établi par la *Loi sur le système correctionnel*, le juge Wood a affirmé que le législateur fédéral n’a pas envisagé l’application, en vertu du *Code*, de peines d’une durée déterminée de plus de 20 ans. Premièrement, selon le par. 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel*, qui est la règle applicable par défaut, toute peine de plus de 20 ans entraîne un temps d’épreuve de sept ans pour l’admissibilité à la libération conditionnelle. Le juge Wood a donc conclu que, [TRANSDUCTION] «au moins aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle, le législateur fédéral considère comme très peu pertinente la différence entre une peine de 21 ans et toute peine d’une durée supérieure, y compris l’emprisonnement à perpétuité» (p. 118). Deuxièmement, compte tenu du par. 120(2) de la *Loi sur le système correctionnel*, le juge Wood a fait remarquer que si l’intimé pouvait être condamné à l’emprisonnement à perpétuité il serait alors admissible à la libération conditionnelle avant la date à laquelle il le serait s’il était condamné à une peine d’emprisonnement de 21 ans ou plus. Vu qu’il est contraire à l’intuition qu’une personne condamnée à l’emprisonnement à perpétuité pour une infraction plus grave serait admissible à la libération conditionnelle avant une personne condamnée à une peine d’emprisonnement de 20 ans ou plus pour une infraction moins grave, le juge Wood a laissé entendre, en termes sentis, que le législateur fédéral n’entendait pas que les juges qui président des procès infligent des peines chiffrées d’emprisonnement de plus de 20 ans.

29

Accordingly, Wood J.A. held that the “proper approach to sentencing” in this case was established in *Rooke* and *D. (G.W.)*. He rejected the trial judge’s attempt to distinguish both cases, and concluded that the qualified ceiling on numerical sentences applied whether or not life imprisonment was available as a penalty. As he articulated the applicable legal principle of sentencing (at p. 119):

... in the absence of circumstances which *direct* that a specific term of imprisonment in excess of twenty years be imposed, the totality principle should be applied in a case such as this to restrain the imposition of punishment beyond that limit. That principle applies equally to cases involving convictions for offences which carry a maximum punishment of less than life imprisonment, as it does to those where life imprisonment is available. [Emphasis in original.]

2. Reasons of Rowles J.A.

30

Rowles J.A. concurred with the substance of the reasons of Wood J.A. However, she wrote separately to reiterate that the logic of *Rooke* and *D. (G.W.)* applied equally to circumstances involving cumulative sentences where life imprisonment was not available as a penalty. Furthermore, she stressed, at p. 125, that the trial judge made no particular finding that a sentence beyond 20 years was necessary to advance the core sentencing principle of “the protection of society”. Rowles J.A. emphasized that lengthy sentences justified by reference to “the protection of society” should not be used “as an expedient alternative to dangerous offender proceedings which may be taken by the Crown under Pt. XXIV of the *Criminal Code*” (p. 125). On that point, it was hinted that the Crown should not be permitted to seek such a lengthy sentence in order to obviate the “procedural and substantive safeguards [of Pt. XXIV] which are not part of the usual sentencing process” (p. 125). Finally, she held that the facts of this case did not amount to sufficient “special circumstances” warranting a

Par conséquent, le juge Wood a statué que, en l’espèce, la [TRADUCTION] «méthode appropriée de détermination de la peine» était celle établie dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)*. Il a rejeté la distinction que le juge du procès avait essayé de faire à l’égard de ces deux affaires, et il a conclu que le plafond relatif qui avait été fixé pour les peines chiffrées s’appliquait, et ce que l’emprisonnement à perpétuité soit ou non une peine disponible. Il a formulé ainsi le principe juridique applicable en matière de détermination de la peine (à la p. 119):

[TRADUCTION] . . . sauf circonstances *commandant* une peine d’emprisonnement d’une durée spécifique de plus de 20 ans, le principe de totalité devrait s’appliquer, dans un cas comme celui qui nous intéresse, pour empêcher l’application d’une peine supérieure à cette limite. Ce principe s’applique autant aux condamnations pour des infractions qui entraînent une peine maximale autre que l’emprisonnement à perpétuité, qu’aux cas où l’emprisonnement à perpétuité est prévu. [En italique dans l’original.]

2. Motifs du juge Rowles

Madame le juge Rowles a souscrit à l’essentiel des motifs du juge Wood. Toutefois, elle a rédigé des motifs distincts pour réitérer que le raisonnement logique suivi dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)* s’appliquait également aux cas donnant lieu à l’application de peines cumulatives et où l’emprisonnement à perpétuité n’est pas une peine prévue. En outre, elle a souligné, à la p. 125, que le juge du procès n’avait pas spécifiquement conclu qu’une peine de plus de 20 ans s’imposait pour favoriser le principe fondamental de détermination de la peine que constitue [TRADUCTION] «la protection de la société». Le juge Rowles a insisté sur le fait que l’application de longues peines d’emprisonnement, justifiées par renvoi à l’objectif de la «protection de la société», ne devrait pas être utilisée «comme un expédient à la place de la demande qui peut être présentée par le ministère public en vertu de la partie XXIV du *Code criminel* en vue de faire déclarer un contrevenant délinquant dangereux» (p. 125). Sur ce point, il a été souligné que le ministère public ne devrait pas être autorisé à demander une longue peine de ce genre afin d’obvier aux [TRADUCTION] «garanties substantielles et procédurales [prévues à la partie XXIV] qui ne

sentence beyond 20 years, hence distinguishing this case from *R. v. E.D.* (1992), 16 B.C.A.C. 193.

3. Reasons of Seaton J.A.

Seaton J.A. dissented from the reasons of Wood J.A. and Rowles J.A. He reviewed the reasons of Filmer Prov. Ct. J. in some detail, and expressed agreement with the sentencing judge that this case represents a “worst offence” involving a “worst offender”. Accordingly, consistent with the framework set out in *Rooke* and *D. (G.W.)*, Seaton J.A. was of the view that special circumstances were indeed present warranting a sentence in excess of 20 years. As such, Seaton J.A. was not persuaded that the respondent’s sentence of 25 years ought to be reduced on appeal. However, he suggested that the sentence imposed by Filmer Prov. Ct. J. approached the legal ceiling of numerical sentences under the *Criminal Code*; as he stated: “I have no doubt that 25 years is at the outer edge of suitable sentences and would be available only where there was a number of worst offences by a worst offender” (p. 111).

IV. Grounds of Appeal

The Crown sought leave to appeal the Court of Appeal’s reduction of sentence on the basis of the following grounds:

1. That the Court of Appeal for British Columbia erred in law in applying as a principle of sentencing that absent the imposition of a life sentence, the maximum sentence that may be imposed for any number of offences is 20 years.

font pas partie du mécanisme habituel de détermination de la peine» (p. 125). Enfin, elle a statué que les faits de la présente affaire ne constituaient pas des «circonstances spéciales» suffisantes pour justifier une peine de plus de 20 ans, ce qui avait pour effet de distinguer le présent cas de l’arrêt *R. c. E.D.* (1992), 16 B.C.A.C. 193.

3. Motifs du juge Seaton

Le juge Seaton a exprimé sa dissidence à l’égard des motifs du juge Wood et du juge Rowles. Il a revu en détail les motifs du juge Filmer, qui avait prononcé la peine, et il a dit être d’accord avec lui que le présent cas met en cause [TRADUCTION] «une infraction de la pire espèce» impliquant un «contrevenant de la pire espèce». En conséquence, conformément au cadre établi dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)*, le juge Seaton a dit être d’avis qu’il existait effectivement des circonstances spéciales justifiant l’application d’une peine de plus de 20 ans. Il n’était donc pas convaincu que la peine de 25 ans infligée à l’intimé devait être réduite en appel. Toutefois, il a avancé que la peine imposée par le juge Filmer était près du plafond légal fixé à l’égard des peines chiffrées infligées en vertu du *Code criminel*. Il a déclaré ceci: [TRADUCTION] «Je n’ai aucun doute qu’une peine de 25 ans est à la limite des peines convenables, et qu’elle ne peut être imposée qu’en cas de perpétration de plusieurs infractions de la pire espèce, par un contrevenant de la pire espèce» (p. 111).

IV. Moyens d’appel

Se fondant sur les moyens énoncés ci-après, le ministère public a demandé l’autorisation de se pourvoir contre la réduction de peine prononcée par la Cour d’appel:

1. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en appliquant comme principe de détermination de la peine que, en l’absence de l’emprisonnement à perpétuité, la peine maximale d’emprisonnement qui peut être infligée, quel que soit le nombre d’infractions, est de 20 ans.

2. That the Court of Appeal for British Columbia erred in law in finding that retribution is not a legitimate principle of sentencing.

3. That the Court of Appeal for British Columbia erred in law in finding that if the respondent would not be rehabilitated during a 20-year sentence the Crown was obligated to bring dangerous offender proceedings against him.

4. That the Court of Appeal for British Columbia erred in law in reducing the sentence from 25 years' imprisonment to 18 years and 8 months' imprisonment.

V. Analysis

33

As a matter of established practice and sound policy, this Court rarely hears appeals relating to the fitness of individual sentences. As Dickson J. expressed in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 404:

Although I am of the view that the Court has jurisdiction to assess the fitness, *i.e.* the quantum of a sentence, I am equally of the view that as a matter of policy we should not do so. It is a rule of our own making and a good rule.

Nonetheless, as part of its national duty as a general court of appeal for the better administration of the laws of Canada, this Court will entertain appeals involving the legal principles which ought to govern the pronouncement of sentence. See *Gardiner*, at p. 405; *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, at p. 1123. Given that this appeal raises a number of important legal issues in relation to the general principles of criminal sentencing, we granted leave.

34

In my view, the most important issue posed by this appeal concerns whether the Court of Appeal erred in holding that there is a legal ceiling on fixed-term sentences under the *Criminal Code*, albeit qualified with an exception for special cir-

2. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en concluant que le châtement n'est pas un principe légitime de détermination de la peine.

3. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en concluant que, si la réadaptation de l'intimé n'est pas possible dans le cadre d'une peine d'emprisonnement de 20 ans, le ministère public avait l'obligation de présenter une demande pour faire déclarer celui-ci délinquant dangereux.

4. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en réduisant la peine d'emprisonnement de 25 ans à 18 ans et 8 mois.

V. Analyse

Conformément à une pratique établie et à une politique judiciaire, notre Cour entend rarement des pourvois ayant trait à la justesse de peines particulières. Comme l'a exprimé le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 404:

Bien que je sois d'avis que la Cour a compétence pour évaluer la justesse d'une sentence, c.-à-d. son importance, je suis également d'avis qu'en principe, nous ne devrions pas le faire. C'est une règle que nous avons édictée nous-mêmes et elle est valable.

Néanmoins, dans le cadre de son rôle national de cour générale d'appel chargée d'assurer la meilleure exécution des lois du Canada, notre Cour entend des pourvois relatifs aux principes juridiques devant régir la détermination de la peine. Voir l'arrêt *Gardiner*, à la p. 405; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, à la p. 1123. Comme le présent pourvoi soulève plusieurs questions juridiques importantes concernant les principes généraux applicables à la détermination de la peine en matière criminelle, nous avons accordé l'autorisation de pourvoi.

À mon avis, la question la plus importante que pose le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant à l'existence d'un plafond légal à l'égard des peines chiffrées d'une durée déterminée infligées en vertu du

cumstances. Accordingly, I will address this issue first and in the most depth.

A. *Did the Court of Appeal err in holding that there is a qualified ceiling on numerical sentences under the Code?*

Before dealing with the crux of this issue, it would be instructive to survey both the general principles governing fixed-term sentences and parole eligibility under the *Code* and the *Corrections Act*, as well as the evolution of the qualified legal ceiling developed by the British Columbia Court of Appeal in *Rooke* and *D. (G.W.)*.

1. General Principles

For the multiplicity of offences against public order contained in the *Criminal Code*, the *Code* provides for a range of punishments including absolute and conditional discharges, probation orders, and fines. But by far the most common and recognized form of criminal sanction under our justice system is imprisonment. For offences where imprisonment is available, the *Code* sets maximum terms of incarceration in accordance with the relative severity of each crime. The current structure of the *Code* staggers maximum sentences for the full range of offences at numerical intervals of one year, two years, five years, ten years, and fourteen years, followed next by the most severe punishment under our general criminal law, life imprisonment. It has often been remarked that such maximum sentences ought to be reserved for the worst offender committing the worst type of offence. See *R. v. Bédard* (1989), 21 Q.A.C. 173, at p. 181; *R. v. Ko* (1979), 50 C.C.C. (2d) 430 (B.C.C.A.), at p. 436; *R. v. Pruner* (1979), 9 C.R. (3d) S-8 (Ont. C.A.), at p. S-11; C. Ruby, *Sentencing* (4th ed. 1994), at pp. 44-45; Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), at p. 63. On the basis of this standard, the Commission

Code criminel, plafond qui serait toutefois assorti d'une exception applicable en cas de circonstances spéciales. Par conséquent, c'est cette question que je vais examiner en premier et le plus en profondeur.

A. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant à l'existence d'un plafond relatif applicable à l'égard des peines chiffrées infligées en vertu du Code?*

Avant d'aborder le cœur de cette question, il serait instructif d'examiner, d'une part, les principes généraux régissant l'application des peines d'une durée déterminée et l'admissibilité à la libération conditionnelle en vertu du *Code* et de la *Loi sur le système correctionnel*, et, d'autre part, l'évolution du plafond légal relatif établi par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)*.

1. Principes généraux

Le *Code criminel* prévoit, à l'égard des nombreuses infractions contre l'ordre public y figurant, toute une gamme de sanctions, dont l'absolution inconditionnelle, l'absolution sous condition, les ordonnances de probation et les amendes. Mais, dans notre système de justice, l'emprisonnement est de loin la forme de sanction pénale la plus courante et la plus reconnue. Dans le cas des infractions punissables par l'emprisonnement, le *Code* fixe des durées maximales d'incarcération correspondant à la gravité relative de chaque crime. Conformément à la structure actuelle du *Code*, les peines maximales applicables aux diverses infractions varient suivant des intervalles chiffrés d'un an, de deux ans, de cinq ans, de dix ans et de quatorze ans, suivis enfin de la sanction la plus sévère prévue par notre droit criminel général, l'emprisonnement à perpétuité. On a souvent fait remarquer que de telles peines maximales devaient être réservées aux contrevenants de la pire espèce qui commettent les infractions de la pire espèce. Voir les arrêts *R. c. Bédard* (1989), 21 Q.A.C. 173, à la p. 181; *R. c. Ko* (1979), 50 C.C.C. (2d) 430 (C.A.C.-B.), à la p. 436; *R. c. Pruner* (1979), 9 C.R. (3d) S-8 (C.A. Ont.), à la p. S-11; C. Ruby, *Sentencing* (4^e éd. 1994), aux pp. 44 et 45;

35

36

noted that as a matter of judicial practice, the sentencing maxima of the *Code* for individual offences are rarely imposed by Canadian courts. For this and other reasons, the Commission commented that the structure of maximum penalties under the *Code* frequently provides little guidance to sentencing judges in imposing punishments in individual cases. See similarly, M. L. Friedland, "Controlling the Administrators of Criminal Justice" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 280, at p. 311.

37

In some instances, the *Code* also sets mandatory minimum sentences for a number of offences. For instance, under s. 235, the mandatory minimum sentence for first and second degree murder is life imprisonment. In the past, however, this Court has viewed some such mandatory minimum sentences with constitutional suspicion in light of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045. But within these two distant statutory poles, the *Code* delegates to trial judges considerable latitude in ordering an appropriate period of incarceration which advances the goals of sentencing and properly reflects the overall culpability of the offender. See s. 717(1) and (2) of the *Code*.

38

The text of the *Code*, however, falls silent with regard to whether there is an upper limit on fixed-term or numerical terms of incarceration (i.e., non-life, quantitative terms of imprisonment). In a number of potential situations, a trial judge will be in a position to impose a total fixed-term sentence beyond 14 years, but life imprisonment will either be unavailable or inappropriate as a potential sentence. The first such instance will arise when an offender is convicted of a single count of an offence which carries a maximum punishment of life imprisonment, but the trial judge concludes that life imprisonment is not warranted on the facts. In such circumstances, the trial judge is presumably entitled to impose a sentence beyond 14

Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence: une approche canadienne* (1987), à la p. 83. S'appuyant sur cette norme, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a souligné qu'en pratique les tribunaux canadiens imposent rarement les peines maximales prévues par le *Code* à l'égard d'infractions données. Pour cette raison et pour d'autres, la Commission a conclu que le régime de peines maximales prévu par le *Code* donne souvent peu d'indications au juge chargé de déterminer la peine. Voir, au même effet, M. L. Friedland, «Controlling the Administrators of Criminal Justice» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 280, à la p. 311.

Dans certains cas, le *Code* fixe aussi, à l'égard d'un certain nombre d'infractions, des peines minimales obligatoires. Par exemple, en vertu de l'art. 235, la peine minimale obligatoire en cas de meurtre au premier degré et de meurtre au deuxième degré est l'emprisonnement à perpétuité. Dans le passé, cependant, notre Cour a exprimé des doutes quant à la constitutionnalité de certaines peines minimales obligatoires en regard de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045. Mais entre ces deux pôles éloignés, le *Code* accorde aux juges qui président les procès une grande latitude dans la détermination de la période d'incarcération favorisant les objectifs de la détermination de la peine et tenant compte de la culpabilité générale du contrevenant. Voir les par. 717(1) et (2) du *Code*.

Toutefois, le *Code* n'indique pas s'il existe une limite supérieure applicable aux périodes d'incarcération chiffrées ou d'une durée déterminée (c.-à-d. les périodes d'emprisonnement quantifiées, autres que l'emprisonnement à perpétuité). Il existe un certain nombre de situations possibles, où le juge du procès est en mesure d'imposer une peine chiffrée d'une durée déterminée totale de plus de 14 ans, mais où l'emprisonnement à perpétuité n'est pas une peine prévue ou n'est pas la peine appropriée. Le premier cas de ce genre est celui où le contrevenant est reconnu coupable d'une seule infraction, à l'égard de laquelle la peine maximale prévue est l'emprisonnement à perpétuité, et où le juge du procès conclut que cette

years, but the *Code* offers no guidance as to the upper range of fixed-term sentences which he or she may impose short of life imprisonment.

The second such instance arises when an offender is convicted of a number of distinct counts in relation to a single offence or in relation to a set of different offences. In such situations, s. 717(4)(c) of the *Code* empowers a trial judge to order that certain numerical sentences be served consecutively as opposed to concurrently. In the presence of such an order, an offender could quite easily be forced to serve a cumulative fixed-term sentence well beyond 14 years, depending on the number of counts and the maximum sentence associated with each count. But once again, the *Code* falls silent as to whether or not there is an upper limit on cumulative sentences in our criminal law.

In both such circumstances, notwithstanding the lack of any explicit statutory ceiling on numerical sentences, Canadian courts have generally refrained from exploring whether there is indeed a limit on fixed-term sentences under the *Code*. Rather, guided by the legal obligation that a term of imprisonment be "just and appropriate" under the circumstances, courts have generally avoided imposing excessively harsh and onerous sentences which might test the potential legal ceilings governing the imposition of sentence. It is a well-established tenet of our criminal law that the quantum of sentence imposed should be broadly commensurate with the gravity of the offence committed and the moral blameworthiness of the offender. As Wilson J. expressed in her concurring judgment in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533:

peine n'est pas justifiée eu égard aux faits. Dans ces cas, on suppose que le juge du procès a le droit d'imposer une peine de plus de 14 ans; mais le *Code* ne fournit aucune indication sur la fourchette supérieure des peines d'une durée déterminée que le juge peut infliger, sans aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité.

Le deuxième cas du genre est celui où le contrevenant est déclaré coupable d'un certain nombre de chefs d'accusation distincts, se rapportant à une seule et même infraction ou à un groupe d'infractions différentes. Dans de telles situations, l'al. 717(4)c) du *Code* habilite le juge du procès à ordonner que certaines peines chiffrées soient purgées consécutivement plutôt que concurremment. En présence d'une telle ordonnance, le contrevenant pourrait assez facilement être obligé de purger une peine cumulative d'une durée déterminée bien supérieure à 14 ans, compte tenu du nombre de chefs d'accusation et de la peine maximale applicable à chacun. Mais, encore une fois, le *Code* ne dit pas s'il existe, dans notre droit criminel, une limite supérieure applicable à l'égard des peines cumulatives.

Dans ces deux cas, malgré l'absence de tout plafond légal explicite visant les peines chiffrées, les tribunaux canadiens se sont généralement abstenus d'examiner s'il existe effectivement une limite applicable aux peines d'une durée déterminée infligées en vertu du *Code*. Au contraire, guidés par l'obligation légale selon laquelle une peine d'emprisonnement doit être «juste et appropriée» eu égard aux circonstances, les tribunaux ont généralement évité d'imposer des peines trop dures et trop lourdes, qui auraient pu mettre en question les possibles plafonds légaux régissant la détermination de la peine. Il existe un principe bien établi de notre droit criminel selon lequel l'importance de la peine infligée doit être généralement proportionnelle à la gravité de l'infraction commise et à la culpabilité morale du contrevenant. Le juge Wilson a exprimé ce principe de la manière suivante dans ses motifs concordants, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 533:

39

40

It is basic to any theory of punishment that the sentence imposed bear some relationship to the offence; it must be a "fit" sentence proportionate to the seriousness of the offence. Only if this is so can the public be satisfied that the offender "deserved" the punishment he received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system.

Cory J. similarly acknowledged the importance of "the principle of proportionality" in speaking for the Court in *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421, at p. 431, noting that "[i]t is true that for both adults and minors the sentence must be proportional to the offence committed". Indeed, the principle of proportionality in punishment is fundamentally connected to the general principle of criminal liability which holds that the criminal sanction may only be imposed on those actors who possess a morally culpable state of mind. In discussing the constitutional requirement of fault for murder in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645, I noted the related principle that "punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender", and that "those causing harm intentionally [should] be punished more severely than those causing harm unintentionally". On the principle of proportionality generally, see *R. v. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171, at pp. 178-79 (Ont. C.A.); *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, *supra*, at p. 154.

41

Within broader parameters, the principle of proportionality expresses itself as a constitutional obligation. As this Court has recognized on numerous occasions, a legislative or judicial sentence that is grossly disproportionate, in the sense that it is so excessive as to outrage standards of decency, will violate the constitutional prohibition against cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. See *Smith*, *supra*, at p. 1072; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 724; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at pp. 498-99. However, as I noted in *Smith*, at p. 1072, "[w]e should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation", and thus the review of the proportionality of sentences

Il est essentiel, dans toute théorie des peines, que la sentence imposée ait un certain rapport avec l'infraction. Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l'infraction. Ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant «méritait» la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système.

Le juge Cory a de la même façon reconnu l'importance du «principe de proportionnalité» lorsqu'il a déclaré, au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421, à la p. 431, qu'«[i]l est vrai que, pour les adultes comme pour les mineurs, la peine doit être proportionnelle à l'infraction commise». En effet, le principe de proportionnalité en matière de punition est fondamentalement lié au principe général de la responsabilité criminelle qui veut qu'on ne puisse imposer de sanction pénale qu'aux contrevenants possédant un état d'esprit moralement coupable. Dans le cours de l'examen de l'obligation constitutionnelle relative à l'existence d'une faute pour qu'il y ait meurtre, *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, à la p. 645, j'ai fait état des principes connexes que «la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant» et que «ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement». Pour ce qui concerne le principe de proportionnalité en général, voir l'arrêt *R. c. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171 (C.A. Ont.), aux pp. 178 et 179; *Réformer la sentence: une approche canadienne*, *op. cit.*, à la p. 169.

À l'intérieur de paramètres plus larges, le principe de proportionnalité se présente comme une obligation constitutionnelle. Comme notre Cour l'a reconnu à de nombreuses occasions, les peines prévues par la loi ou imposées par un tribunal et qui sont exagérément disproportionnées, en ce sens qu'elles sont excessives au point de ne pas être compatibles avec la dignité humaine, violeront l'interdiction d'imposer des peines cruelles et inusitées que fait la Constitution, à l'art. 12 de la *Charte*. Voir les arrêts *Smith*, précité, à la p. 1072; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, à la p. 724; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, aux pp. 498 et 499. Toutefois, comme je l'ai signalé dans *Smith*, à la p. 1072, «[i]l faut éviter de considérer que toute

should normally be left to the “usual sentencing appeal process” directed at the fitness of sentence.

In the context of consecutive sentences, this general principle of proportionality expresses itself through the more particular form of the “totality principle”. The totality principle, in short, requires a sentencing judge who orders an offender to serve consecutive sentences for multiple offences to ensure that the cumulative sentence rendered does not exceed the overall culpability of the offender. As D. A. Thomas describes the principle in *Principles of Sentencing* (2nd ed. 1979), at p. 56:

The effect of the totality principle is to require a sentencer who has passed a series of sentences, each properly calculated in relation to the offence for which it is imposed and each properly made consecutive in accordance with the principles governing consecutive sentences, to review the aggregate sentence and consider whether the aggregate sentence is “just and appropriate”.

Clayton Ruby articulates the principle in the following terms in his treatise, *Sentencing, supra*, at pp. 44-45:

The purpose is to ensure that a series of sentences, each properly imposed in relation to the offence to which it relates, is in aggregate “just and appropriate”. A cumulative sentence may offend the totality principle if the aggregate sentence is substantially above the normal level of a sentence for the most serious of the individual offences involved, or if its effect is to impose on the offender “a crushing sentence” not in keeping with his record and prospects.

Whether under the rubric of the “totality principle” or a more generalized principle of proportionality, Canadian courts have been reluctant to impose single and consecutive fixed-term sentences beyond 20 years. See M. E. Rice,

peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution». En conséquence, l'examen de la proportionnalité des peines devrait normalement relever du «processus normal d'appel en matière de sentence», qui vise à vérifier la justesse de la peine.

Dans le contexte de peines consécutives, ce principe général de proportionnalité se présente sous la forme plus particulière du «principe de totalité». En bref, en vertu de ce principe, le juge qui impose la peine et ordonne au contrevenant de purger des peines consécutives pour des infractions multiples doit s'assurer que la peine cumulative prononcée ne dépasse pas la culpabilité globale du délinquant. D. A. Thomas a décrit ce principe dans son ouvrage *Principles of Sentencing* (2^e éd. 1979), à la p. 56:

[TRADUCTION] En vertu du principe de totalité le juge qui a prononcé une série de peines, dont chacune a été établie correctement en fonction de l'infraction à l'égard de laquelle elle est imposée et dont chacune est devenue correctement consécutive conformément aux principes applicables à cet égard, doit examiner la peine totale et se demander si elle est «juste et appropriée».

Clayton Ruby a formulé de la façon suivante ce principe dans son traité intitulé *Sentencing, op. cit.*, aux pp. 44 et 45:

[TRADUCTION] L'objet est de garantir qu'une série de peines, dont chacune est imposée correctement eu égard à l'infraction à laquelle elle se rapporte, est dans l'ensemble «juste et appropriée». Une peine cumulative peut violer le principe de totalité si la peine totale dépasse de beaucoup la durée normale de la peine généralement appliquée à l'égard des infractions concernées les plus graves ou si elle a pour effet d'imposer au contrevenant «une peine écrasante», incompatible avec ses antécédents et ses perspectives de réadaptation.

Que ce soit sous la rubrique du «principe de totalité» ou d'un principe plus généralisé de proportionnalité, les tribunaux canadiens ont été réticents à imposer des peines d'emprisonnement de plus de 20 ans au moyen d'une peine unique ou de

“Fixed-Term Sentences of More Than 20 Years Versus Life Imprisonment” (1994), 36 *Crim. L.Q.* 474, at p. 474, n. 1. As Rice has noted, as a matter of practice, provincial courts of appeal have only been willing to sustain sentences in excess of 20 years on rare occasions. See, e.g., *R. v. Saumer*, [1977] 3 W.W.R. 385 (B.C.C.A.) (cumulative sentence of 25 years for robbery); *R. v. Nichols* (1978), 9 A.R. 203 (C.A.) (cumulative sentence of 27 years for robbery); *R. v. Belmas, Hansen and Taylor* (1986), 27 C.C.C. (3d) 142 (B.C.C.A.) (cumulative sentence of 22 years for terrorist activities); *R. v. Gorham* (1987), 22 O.A.C. 237 (C.A.) (cumulative sentence of 23 years for robbery and firearms); *R. v. Currie* (1990), 98 N.S.R. (2d) 287 (C.A.) (cumulative sentence of 26 years for robbery and sexual assault); *Yazdani v. La Reine*, [1992] R.J.Q. 2385 (C.A.) (cumulative sentence of 25 years for heroin importation). More commonly, sentences in excess of 20 years imposed at trial have been reduced to beneath 20 years on appeal, often through reference to the principle of totality. See, e.g., *R. v. Velmurugu* (1994), 74 O.A.C. 393 (C.A.); *R. v. Parsons* (1993), 24 C.R. (4th) 112 (Ont. C.A.); *R. v. Pelletier* (1989), 52 C.C.C. (3d) 340 (Qué. C.A.); *R. v. Charest* (1989), 30 Q.A.C. 227; *R. v. Childs* (1984), 52 N.B.R. (2d) 9 (C.A.).

peines consécutives d’une durée déterminée. Voir M. E. Rice, «Fixed-Term Sentences of More Than 20 Years Versus Life Imprisonment» (1994), 36 *Crim. L.Q.* 474, à la p. 474, n. 1. Comme cet auteur l’a fait remarquer, en pratique, les cours d’appels provinciales n’ont été disposées à confirmer des peines de plus de 20 ans qu’en de rares occasions. Voir, par exemple, *R. c. Saumer*, [1977] 3 W.W.R. 385 (C.A.C.-B.) (peine cumulative de 25 ans pour vol qualifié); *R. c. Nichols* (1978), 9 A.R. 203 (C.A.) (peine cumulative de 27 ans pour vol qualifié); *R. c. Belmas, Hansen and Taylor* (1986), 27 C.C.C. (3d) 142 (C.A.C.-B.) (peine cumulative de 22 ans pour activités terroristes); *R. c. Gorham* (1987), 22 O.A.C. 237 (C.A.) (peine cumulative de 23 ans pour vol qualifié et armes à feu); *R. c. Currie* (1990), 98 N.S.R. (2d) 287 (C.A.) (peine cumulative de 26 ans pour vol qualifié et agression sexuelle); *Yazdani c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 2385 (C.A.) (peine cumulative de 25 ans pour importation d’héroïne). Plus couramment, les peines de plus de 20 ans imposées au procès ont été réduites à moins de 20 ans en appel, souvent par application du principe de totalité. Voir, par exemple, *R. c. Velmurugu* (1994), 74 O.A.C. 393 (C.A.); *R. c. Parsons* (1993), 24 C.R. (4th) 112 (C.A. Ont.); *R. c. Pelletier* (1989), 52 C.C.C. (3d) 340 (C.A. Qué.); *R. c. Charest* (1989), 30 Q.A.C. 227; *R. c. Childs* (1984), 52 R.N.-B. (2^e) 9 (C.A.).

44

In contrast to the absence of any explicit codal rules governing the limits on fixed-term sentences of imprisonment, the *Criminal Code*, read together with the *Corrections Act*, sets very clear rules governing the determination of parole eligibility. A person sentenced to a numerical term of imprisonment under the *Code* (i.e., not life) becomes eligible for full parole after serving the lesser of one third of the sentence or seven years. As s. 120(1) of the *Corrections Act* reads:

120. (1) Subject to sections 747 and 761 of the *Criminal Code* and to any order made under section 741.2 of

Par contraste avec l’absence de règles codifiées expresses régissant les limites applicables en matière de peines d’emprisonnement d’une durée déterminée, le *Code criminel*, en corrélation avec la *Loi sur le système correctionnel*, énonce des règles très claires régissant la détermination de l’admissibilité à la libération conditionnelle. La personne condamnée à une peine chiffrée d’emprisonnement en vertu du *Code* (c.-à-d. une peine autre que l’emprisonnement à perpétuité) devient admissible à la libération conditionnelle totale après avoir purgé un tiers de la peine à concurrence de sept ans. Le paragraphe 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel* est libellé ainsi:

120. (1) Sous réserve des articles 747 et 761 du *Code criminel* et de toute ordonnance rendue en vertu de l’ar-

that Act, the portion of a sentence of imprisonment that must be served before an offender may be released on full parole is the lesser of

- (a) one third of the sentence of imprisonment, and
- (b) seven years. [Emphasis added.]

The commencement date for the determination of parole eligibility has generally been understood to coincide with the commencement of sentence, namely the date when sentence is imposed. See s. 721(1) of the *Code*.

A person sentenced to life imprisonment other than as a minimum punishment (i.e., non-murder offences) becomes eligible for full parole after serving seven years. However, in contrast to a person sentenced to a numerical term of imprisonment, the calculation of parole eligibility for life imprisonment begins at an earlier date. Under s. 120(2) of the *Corrections Act*, the parole eligibility clock effectively begins to run from the date of arrest. The provision stipulates as follows:

120. . . .

(2) The portion of a sentence of imprisonment for life, imposed otherwise than as a minimum punishment, that must be served before an offender may be released on full parole is seven years less any time spent in custody between the day on which the offender was arrested and taken into custody, in respect of the offence for which the sentence was imposed, and the day on which the sentence was imposed. [Emphasis added.]

In the case of most violent offences short of first and second degree murder and most drug offences prosecuted by indictment, these default periods of parole ineligibility may be extended by the trial judge pursuant to an order under s. 741.2 of the *Code*. I note that these default rules of parole eligibility, specifically the seven-year limit on parole ineligibility, have been a feature of our correctional system for quite some time. See *Parole Regulations*, SOR/60-216, s. 2(1)(a), promulgated under the *Parole Act*, S.C. 1958, c. 38 (four years

ticle 741.2 de cette loi, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle totale est d'un tiers de la peine à concurrence de sept ans. [Je souligne.]

On considère généralement que le début du temps d'épreuve en vue de l'admissibilité à la libération conditionnelle coïncide avec le début de la peine, à savoir la date à laquelle la peine a été imposée. Voir le par. 721(1) du *Code*.

La personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité, peine qui ne constituait pas en l'occurrence un minimum (c.-à-d. pour des infractions autres que le meurtre), devient admissible à la libération conditionnelle totale après un temps d'épreuve de sept ans. Toutefois, contrairement à ce qui se passe dans le cas des personnes condamnées à une peine chiffrée d'emprisonnement, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle des personnes condamnées à l'emprisonnement à perpétuité commence plus tôt. En effet, aux termes du par. 120(2) de la *Loi sur le système correctionnel*, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle commence effectivement à compter du jour de l'arrestation. Cette disposition prévoit ce qui suit:

120. . . .

(2) Dans le cas d'une condamnation à l'emprisonnement à perpétuité et à condition que cette peine n'ait pas constitué un minimum en l'occurrence, le temps d'épreuve est de sept ans moins le temps de détention compris entre le jour de l'arrestation et celui de la condamnation à l'égard de l'infraction pour laquelle cette peine a été infligée. [Je souligne.]

Dans le cas de la plupart des infractions violentes, sauf le meurtre au premier degré, le meurtre au deuxième degré et la plupart des infractions en matière de drogue poursuivies par voie de mise en accusation, ces périodes — applicables par défaut — d'inadmissibilité à la libération conditionnelle peuvent être prolongées par le juge du procès au moyen de l'ordonnance prévue à l'art. 741.2 du *Code*. Je tiens à souligner que ces règles applicables par défaut en matière d'admissibilité à la libération conditionnelle, particulièrement la limite

maximum); SOR/73-298, s. 1 (increasing the maximum to seven years).

46 It is against this backdrop of statutory provisions that the British Columbia Court of Appeal has developed its qualified judicial rule limiting fixed-term sentences of imprisonment.

2. The Jurisprudence

47 In response to the silence of the *Criminal Code* on maximum numerical sentences, through the course of a number of cases, the British Columbia Court of Appeal has fashioned a rule which limits fixed-term sentences to a period of 20 years, barring special circumstances warranting a more onerous term of imprisonment. In justifying this qualified rule, the Court of Appeal has placed considerable reliance upon inferences drawn from the mechanics of the parole eligibility provisions of the *Code* and *Corrections Act*. For a cogent summary of this line of judicial authority, see Rice, "Fixed-Term Sentences of More Than 20 Years Versus Life Imprisonment", *supra*.

48 The origin of this judicially created rule of sentencing appears to trace to *Rooke, supra*. In *Rooke*, the offender was convicted of conspiracy to traffic in cocaine, among other drug offences; the offence carried a maximum term of life imprisonment. The trial judge sentenced the offender to 25 years' imprisonment. On appeal, the Court of Appeal reduced the sentence to 20 years. In reducing the sentence, Lambert J.A., speaking for the majority, attached considerable weight to the language of McIntyre J.A. (as he then was) in *R. v. Bell*, B.C.C.A., Vancouver Registry CA771150, September 27, 1978. Lambert J.A. responded to the

de sept ans à l'inadmissibilité à la libération conditionnelle, sont une caractéristique de notre système correctionnel depuis assez longtemps. Voir le *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/60-216, al. 2(1)a), pris en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.C. 1958, ch. 38 (quatre ans au maximum); DORS/73-298, art. 1 (majorant le maximum à sept ans).

C'est sur cette toile de fond législative que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi sa règle judiciaire limitant les peines d'emprisonnement d'une durée déterminée.

2. La jurisprudence

En réaction au mutisme du *Code criminel* sur les peines chiffrées maximales, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, au fil d'un certain nombre de décisions, conçu une règle limitant à une période de 20 ans les peines d'une durée déterminée qui peuvent être infligées, sauf circonstances spéciales justifiant une peine plus lourde d'emprisonnement. Pour justifier cette règle limitative, la Cour d'appel s'est appuyée de façon considérable sur certaines inférences tirées du fonctionnement des dispositions du *Code* et de la *Loi sur le système correctionnel* touchant l'admissibilité à la libération conditionnelle. Pour un bon résumé de cette jurisprudence, voir Rice, «Fixed-Term Sentences of More Than 20 Years Versus Life Imprisonment», *op. cit.*

L'origine de cette règle jurisprudentielle de détermination de la peine semble remonter à l'arrêt *Rooke*, précité. Dans *Rooke*, le contrevenant a été déclaré coupable d'infractions en matière de drogues, notamment de complot en vue de faire le trafic de la cocaïne, infraction à l'égard de laquelle la peine maximale prévue est l'emprisonnement à perpétuité. Le juge du procès l'a condamné à 25 ans d'emprisonnement. En appel, la Cour d'appel a réduit cette peine à 20 ans. Pour réduire la peine, le juge Lambert, qui s'exprimait pour la majorité, a accordé beaucoup de poids aux propos formulés par le juge McIntyre (plus tard juge de notre Cour) dans *R. c. Bell*, C.A.C.-B., greffe de Vancouver, CA771150, 27 septembre 1978. Le juge Lambert a

Crown's request for a sentence beyond 20 years as follows:

Most markedly, counsel for the Crown was not able to indicate any case where a sentence of less than life imprisonment was merited and the sentence imposed was nonetheless more than 20 years. That this seems to be the conclusion, namely, that the appropriate sentence for the worst offence committed by the worst offender is life imprisonment and the next step down the scale is a sentence of 20 years imprisonment, is borne out by the reasons of Mr. Justice McIntyre in *R. v. Bell*. . . Mr. Justice McIntyre was there giving the judgment of the Court on a sentence appeal. He said:

“Life imprisonment is the maximum sentence that can be imposed for this offence. In my view, this offence, grave as it is, does not quite reach the maximum and does not call for the maximum punishment.”

“Considering all the circumstances of this case, and particularly the reports from prison authorities, which the trial judge did not have before him and which we have had, and which are strongly in favour of the appellant, I would allow the appeal and substitute a sentence of 20 years' imprisonment.”

Mr. Justice McIntyre uses the phrase “this offence . . . does not quite reach the maximum”. It seems to me that Mr. Justice McIntyre is suggesting that there is no intervening step between 20 years imprisonment and life imprisonment, unless there are peculiar circumstances that would demand the insertion of such a step. [Emphasis added.]

Wood J.A., the author of the majority ruling of the Court of Appeal in this instance, concurred separately in *Rooke*. He would have preferred to leave the question of the ceiling open for another day, since, in his view, the issue was a “matter[] of some complexity upon which I would want the benefit of a full argument devoted to the rational underlying principles of sentencing”.

Nearly a month later, the formative rule of *Rooke* was applied again in *D. (G.W.)*, *supra*. In *D. (G.W.)*, the offender was convicted of a number of sexual offences against young children, and was sentenced to a cumulative sentence of 25 years. On appeal, Lambert J.A., speaking for a unanimous court, reduced the sentence to 20 years. Lambert

répondit ainsi au ministère public qui demandait une peine de plus de 20 ans:

[TRADUCTION] Ostensiblement, le substitut du procureur général n'a pu faire état d'aucune décision où une peine inférieure à l'emprisonnement à perpétuité s'imposait et où une peine de plus de 20 ans a néanmoins été infligée. Que cela semble être la conclusion, c'est-à-dire que la peine appropriée pour la pire des infractions commise par le pire des contrevenants est l'emprisonnement à perpétuité et que le degré inférieur est une peine d'emprisonnement de 20 ans, est corroboré par les motifs de M. le juge McIntyre dans *R. c. Bell* [. . .] M. le juge McIntyre rendait alors le jugement de la cour relativement à un appel portant sur la peine. Il a dit:

«L'emprisonnement à perpétuité est la peine maximale qui peut être imposée pour la présente infraction. À mon avis, la présente infraction, malgré sa gravité, ne correspond pas tout à fait au cas extrême et ne commande pas la punition maximale.»

«Eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, particulièrement aux rapports des autorités pénitentiaires, dont ne disposait pas le juge du procès mais que nous avons en main, et qui sont hautement favorables à l'appellant, j'accueillerais l'appel et substituerais une peine d'emprisonnement de 20 ans.»

Monsieur le juge McIntyre utilise l'expression «la présente infraction [. . .] ne correspond pas tout à fait au cas extrême». Il me semble que M. le juge McIntyre avance qu'il n'y a pas de degré intermédiaire entre l'emprisonnement pour 20 ans et l'emprisonnement à perpétuité, sauf circonstances particulières exigeant l'établissement d'un tel degré. [Je souligne.]

Le juge Wood, qui a écrit les motifs de la majorité de la Cour d'appel dans le présent cas, a rédigé des motifs concordants distincts dans *Rooke*. Il aurait préféré que la question du plafond soit tranchée dans une affaire ultérieure, car, a-t-il dit, il s'agit d'une [TRADUCTION] «question[] assez complexe, sur laquelle je voudrais bénéficier d'une argumentation approfondie, consacrée aux principes rationnels sous-tendant la détermination de la peine».

Tout près d'un mois plus tard, la règle formative de l'arrêt *Rooke* a été appliquée de nouveau dans *D. (G.W.)*, précité. Dans cette affaire, le contrevenant a été reconnu coupable d'un certain nombre d'infractions sexuelles commises contre de jeunes enfants, et il a été condamné à une peine cumulative de 25 ans. En appel, le juge Lambert, qui

J.A. held that life imprisonment, the maximum available penalty, was not a fitting sentence in this instance. He thus turned to consider what an appropriate fixed-term sentence would be. In so doing, however, Lambert J.A. noted that if the offender had been sentenced to life, a more serious sentence, he would have been eligible for parole a full year earlier than if he had been sentenced to 25 years. As Lambert J.A. explained the apparent irony of the provisions:

In this case a sentence of life imprisonment would, in some respects, be a better sentence from the point of view of the appellant than a sentence of 25 years, the sentence which was imposed. The reason is that the eligibility for parole in the case of a life sentence is calculated as seven years. Indeed, in every case the eligibility for parole arises on serving one-third of the sentence or seven years, whichever is less. But in the case of a life sentence, the sentence is considered to start running from when the imprisonment started before trial. That introduces a quirk to the sentencing principles in this case.

In the case of a sentence of a fixed period, the sentence is considered to start running from the time when the sentence was imposed. Because the appellant spent more than a year in custody the effect would be that he would have eligibility for parole, in this case, a year at least earlier if he received a life sentence than he would on the basis of a sentence of 25 years. [Emphasis added.]

In light of this "quirk" of the parole eligibility rules, Lambert J.A. concluded that the rule in *Rooke* ought to be followed.

exprimait la décision unanime de la cour, a réduit la peine à 20 ans. Il a conclu que l'emprisonnement à perpétuité, à savoir la peine maximale prévue, n'était pas indiquée dans cette affaire. Il s'est ensuite demandé quelle serait la peine d'une durée déterminée appropriée. Ce faisant, cependant, le juge Lambert a souligné que si le contrevenant avait été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, une peine plus sévère, il aurait été admissible à la libération conditionnelle une année plus tôt que s'il avait été condamné à 25 ans de prison. Le juge Lambert a expliqué ainsi l'ironie apparente découlant des dispositions en cause:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'emprisonnement à perpétuité serait, à certains égards, une peine plus avantageuse pour l'appelant qu'une peine de 25 ans, soit celle qui a été imposée. La raison en est que le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle dans le cas d'une peine d'emprisonnement à perpétuité est fixé à sept ans. En effet, dans tous les cas, l'admissibilité à la libération conditionnelle survient après que l'intéressé a purgé un tiers de la peine à concurrence de sept ans. Mais dans le cas de l'emprisonnement à perpétuité, on considère que la peine commence à compter du moment où le contrevenant est incarcéré avant le procès. Cela introduit une bizarrerie dans les principes applicables à la détermination de la peine en l'espèce.

Dans le cas d'une peine d'une durée déterminée, on considère que la peine commence au moment où elle est imposée. Comme l'appelant a passé plus d'un an en détention, il en résulterait, en l'espèce, qu'il serait admissible à la libération conditionnelle, au moins un an plus tôt s'il était condamné à l'emprisonnement à perpétuité qu'il le serait par suite d'une peine de 25 ans. [Je souligne.]

Compte tenu de cette «bizarrerie» des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle, le juge Lambert a conclu qu'il fallait suivre la règle énoncée dans *Rooke*.

Le plafond relatif fixé dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)*, qui a été réaffirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a depuis été appliqué par d'autres cours d'appel provinciales. Dans *E.D.*, précité, une formation unanime de la cour a souscrit aux décisions rendues dans les deux arrêts en question, et elle a formulé ainsi la règle de détermination de la peine, aux pp. 203 et 204:

The qualified ceiling set out in *Rooke* and *D. (G.W.)* has been reaffirmed by the British Columbia Court of Appeal, and has since been followed by other provincial courts of appeal. In *E.D.*, *supra*, a unanimous bench of the court endorsed the rulings of both cases, and expressed the sentencing rule in the following terms, at pp. 203-4:

It is recognized that apart from a sentence of life imprisonment, in the absence of special circumstances the totality principle operates to curtail a single sentence, or a number of consecutive sentences, to a total of 20 years.

The qualified ceiling ruling has also been adopted by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. J.T.J.* (1991), 73 Man. R. (2d) 103 (C.A.). In *J.T.J.*, after a number of trials, the offender was convicted of manslaughter, and sentenced to 22 years' imprisonment. The offender appealed the sentence, relying in part on the jurisprudence of the British Columbia Court of Appeal in *Rooke* and *D. (G.W.)*. Twaddle J.A., speaking for the court, agreed that fixed-term sentences ought to be generally limited to 20 years, with the next sentencing step being life imprisonment. In so holding, Twaddle J.A. attached similar importance to the operation of the parole eligibility provisions, at p. 107:

As Lambert, J.A., pointed out in *R. v. Danchella*, *supra*, the *Parole Regulations* provide that a prisoner becomes eligible for parole no matter how long his sentence, it not being for murder or high treason, after he has served seven years. The only purpose, therefore, of imposing a fixed term in excess of 20 years is to ensure that the offender may be detained for a longer time if the Parole Board is of the view at the end of 20 years that the offender's release would still constitute an undue risk to society. But, if a judge thinks it necessary to authorize detention for more than 20 years, surely the next step is life. At that point, the additional period of detention required is speculative. No judge can safely foresee how much longer is required.

But in contrast to the previous cases, instead of reducing the offender's sentence from 22 years to 20 years, Twaddle J.A. concluded that in light of the gravity of the offender's crimes, his sentence ought to be increased to life. See also *R. v. Nienhuis* (1991), 117 A.R. 253 (C.A.), and *R. v. Dipietro* (1991), 120 A.R. 102 (C.A.), where the Alberta Court of Appeal increased an offender's sentence from 23½ years and 22 years respectively to life

[TRADUCTION] Il est admis que, à l'exception des cas d'emprisonnement à perpétuité, sauf circonstances spéciales, le principe de totalité a pour effet d'empêcher l'application d'une peine unique ou d'un certain nombre de peines consécutives totalisant plus de 20 ans.

La décision établissant le plafond relatif a également été suivie par la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. J.T.J.* (1991), 73 Man. R. (2d) 103 (C.A.). Dans *J.T.J.*, au terme de plusieurs procès, le contrevenant a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à 22 ans d'emprisonnement. Il a interjeté appel de la peine, en se fondant en partie sur les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le juge Twaddle a convenu, au nom de la cour, que les peines d'une durée déterminée devaient en général se limiter à 20 ans, et que le degré suivant dans la détermination de la peine était l'emprisonnement à perpétuité. Ce faisant, le juge Twaddle a lui aussi accordé une importance analogue à l'application des dispositions relatives à l'admissibilité à la libération conditionnelle, à la p. 107:

[TRADUCTION] Comme le juge Lambert l'a signalé dans *R. c. Danchella*, précité, le *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* indique qu'un prisonnier devient admissible à la libération conditionnelle quelle que soit la durée de sa peine, sauf dans le cas de meurtre ou de haute trahison, après avoir purgé sept ans de celle-ci. Par conséquent, le seul but d'une peine d'une durée déterminée de plus de 20 ans est de faire en sorte que le délinquant puisse être gardé plus longtemps en détention si la Commission des libérations conditionnelles estime, à la fin des 20 ans, que sa libération constituerait encore un risque excessif pour la société. Mais si un juge pense qu'il est nécessaire d'autoriser la détention pour plus de 20 ans, il est certain que le degré suivant est l'emprisonnement à perpétuité. À ce point-là, la période de détention supplémentaire requise est hypothétique. Aucun juge ne peut prévoir de façon certaine combien de temps de plus il faudrait.

Toutefois, par contraste avec les cas antérieurs, au lieu de réduire la peine du contrevenant de 22 à 20 ans, le juge Twaddle a conclu que, compte tenu de la gravité des crimes de ce dernier, sa peine devait être augmentée à l'emprisonnement à perpétuité. Voir également les arrêts *R. c. Nienhuis* (1991), 117 A.R. 253 (C.A.), et *R. c. Dipietro* (1991), 120 A.R. 102 (C.A.), dans lesquels la Cour d'appel de l'Alberta a augmenté à l'emprisonnement à perpé-

imprisonment, although in neither case did the court base its ruling on the operation of the parole eligibility provisions.

51

More recently, however, the British Columbia Court of Appeal has emphasized the qualified nature of its rule. More specifically, in two cases since *Rooke* and *D. (G.W.)*, the court has found special circumstances warranting the imposition of a sentence beyond 20 years. In *E.D.*, *supra*, the court sustained a cumulative sentence of 23 years for numerous offences against women and children. Speaking for the court, Hinds J.A. endorsed the case law of *Rooke* and *D. (G.W.)*, but noted, at p. 204, that “there are cases where in special circumstances sentences totalling more than 20 years have been approved or given by this Court”. In light of the “extremely serious circumstances of the offences” and “the danger of [the offender] repeating his transgressions against women and children”, he concluded that special circumstances were present justifying a lengthy sentence beyond the qualified legal ceiling. Similarly, in *R. v. Caissie* (1993), 24 B.C.A.C. 57, the court upheld a cumulative sentence of 22 years for sexual assault and robbery. Although life imprisonment was available for the robbery conviction, Hinds J.A. declined to impose the maximum penalty since the offender did not represent a “worst offender”. Nonetheless, Hinds J.A. held that the offender’s propensity for violence and his dim prospects for rehabilitation justified a cumulative sentence beyond 20 years. As he held, at p. 65: “In the special circumstances of this case the totality principle of sentencing is not offended.”

52

Finally, it is appropriate to note that the judicial consensus on the qualified ceiling rule has not been unanimous. Following the majority decision of Wood J.A. in the Court of Appeal below, the Ontario Court of Appeal had the opportunity to consider the wisdom of the *Rooke* and *D. (G.W.)* jurisprudence in *R. v. J.A.C.* (1995), 86 O.A.C.

tuité des peines de 23½ ans et 22 ans respectivement, même si, dans aucun de ces cas, la cour n’a fondé sa décision sur l’application des dispositions relatives à l’admissibilité à la libération conditionnelle.

Plus récemment, toutefois, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a souligné le caractère restreint de sa règle. Plus particulièrement, dans deux décisions rendues depuis les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)*, la cour a conclu à l’existence de circonstances spéciales justifiant l’application d’une peine de plus de 20 ans. Dans *E.D.*, précité, la cour a confirmé une peine cumulative de 23 ans infligée pour de nombreuses infractions commises contre des femmes et des enfants. S’exprimant au nom de la cour, le juge Hinds a souscrit aux arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)*, mais il a fait remarquer, à la p. 204, qu’[TRADUCTION] «il y a des cas où, vu l’existence de circonstances spéciales, des peines totalisant plus de 20 ans ont été approuvées ou infligées par notre cour». Compte tenu des «circonstances extrêmement graves des infractions» et du «risque de récidive [du contrevenant] contre des femmes et des enfants», il a conclu à l’existence de circonstances spéciales justifiant une peine dépassant le plafond légal relatif. De même, dans *R. c. Caissie* (1993), 24 B.C.A.C. 57, la cour a confirmé une peine cumulative de 22 ans pour agression sexuelle et vol qualifié. Même si le vol qualifié était punissable par l’emprisonnement à perpétuité, le juge Hinds a refusé d’infliger la peine maximale parce que le contrevenant n’était pas un [TRADUCTION] «contrevenant de la pire espèce». Néanmoins, le juge Hinds a statué que la propension du contrevenant à la violence et ses faibles perspectives de réadaptation justifiaient une peine cumulative de plus de 20 ans. Il a conclu ainsi, à la p. 65: «Vu les circonstances spéciales de l’espèce, il n’y a pas violation du principe de totalité.»

Enfin, il convient de signaler qu’il n’y a pas unanimité parmi les tribunaux en ce qui concerne la règle du plafond relatif. Postérieurement à la décision majoritaire rendue par le juge Wood pour la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, la Cour d’appel de l’Ontario a eu l’occasion d’examiner la sagesse des arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)* dans

135. The offender in *J.A.C.* was found guilty by a jury of a pattern of physical and sexual abuse against his stepchildren which has disturbing parallels with the pattern of abuse inflicted by the respondent. The trial judge, finding that the case represented “one of the worst offences involving the worst offender” (p. 141), sentenced the offender to 30 years’ imprisonment through consecutive sentences. On appeal of sentence, the court acknowledged the majority ruling of the British Columbia Court of Appeal in this case, but declined to adopt the qualified ceiling rule. As the court stated (at p. 142): “we would respectfully disagree with Wood, J.A., in the *R. v. C.A.M.* case that there should be some cap or limit to the sentences for these serious cases”. Nevertheless, the Court of Appeal concluded that the 30-year sentence was excessive and reduced the offender’s sentence to 21 years.

3. The Argument for a Qualified Ceiling on Fixed-Term Sentences

The core issue in this appeal concerns whether or not Parliament intended fixed-term sentences under the *Code* to generally be limited to 20 years’ imprisonment, whether as a sentence for a single offence where life imprisonment is available but unwarranted, or as a sentence for multiple offences involving consecutive terms of imprisonment. If I have understood the jurisprudence of the British Columbia and Manitoba Courts of Appeal correctly, the principal arguments in support of such an intent to limit the otherwise broad sentencing discretion of trial judges are based on inferences drawn from the operation of the parole eligibility provisions contained within both the *Code* and the *Corrections Act*.

l’affaire *R. c. J.A.C.* (1995), 86 O.A.C. 135. Dans cette affaire, le contrevenant a été reconnu coupable par un jury d’avoir infligé systématiquement des sévices d’ordre physique et sexuel systématiques aux enfants de sa conjointe, situation qui présente des analogies troublantes avec les sévices systématiques infligés par l’intimé en l’espèce. Le juge du procès, concluant qu’il s’agissait d’[TRADUCTION] «une infraction de la pire espèce impliquant un contrevenant de la pire espèce» (p. 141), a condamné le contrevenant à des peines consécutives d’emprisonnement totalisant 30 ans. Sur appel de la peine, la cour a reconnu l’existence de la décision rendue à la majorité par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique en l’espèce, mais elle a refusé d’adopter la règle du plafond relatif. La cour a déclaré ceci (à la p. 142): [TRADUCTION] «en toute déférence, nous ne sommes pas d’accord avec la décision du juge Wood dans *R. c. C.A.M.* qu’un plafond ou une limite devrait s’appliquer aux peines infligées pour ces cas graves». La Cour d’appel a néanmoins conclu que la peine de 30 ans qui avait été infligée au contrevenant était excessive et elle l’a réduite à 21 ans.

3. L’argument en faveur de l’application d’un plafond relatif aux peines d’une durée déterminée

En l’espèce, la question fondamentale est de savoir si le législateur fédéral a voulu que les peines d’emprisonnement d’une durée déterminée infligées en vertu du *Code* ne dépassent généralement pas de 20 ans, qu’il s’agisse d’une peine pour une infraction unique à l’égard de laquelle l’emprisonnement à perpétuité est prévu mais non justifié, ou d’une peine pour des infractions multiples entraînant des peines consécutives d’emprisonnement. Si j’ai bien compris la jurisprudence des cours d’appel de la Colombie-Britannique et du Manitoba, les principaux arguments étayant l’existence d’une telle intention de limiter le pouvoir discrétionnaire par ailleurs vaste du juge du procès en matière de détermination de la peine reposent sur des inférences tirées de l’application des dispositions du *Code* et de la *Loi sur le système correctionnel* touchant l’admissibilité à la libération conditionnelle.

54

The central argument advanced by the proponents of such a ceiling is that Parliament, by fixing the default parole ineligibility period for any numerical sentence beyond 20 years (absent an order under s. 741.2) at seven years, implicitly intended to cap numerical sentences at 20 years. Given the fact that an offender sentenced to 30 or 40 years is still eligible for full parole at seven years, the suggestion is that Parliament saw little utility in such lengthy terms of imprisonment. As Wood J.A. argued at the Court of Appeal, "at least for the purposes of parole eligibility, Parliament regards the numerical difference between a sentence of twenty-one years and anything in excess thereof, including life imprisonment, as largely irrelevant" (p. 118).

55

As a related argument, the same proponents point to an apparently absurd consequence which would result if fixed-term sentences beyond 20 years were permitted under the *Code*. When one compares the parole eligibility rules governing life imprisonment to the analogous rules governing numerical sentences, it is clear that an offender sentenced to life is eligible for parole before an offender sentenced to a numerical term beyond 20 years. Given the apparently absurd result that an offender sentenced for a more serious offence is eligible for parole before an offender sentenced for a less serious offence or set of offences, the suggestion advanced is that Parliament must have intended to preclude numerical sentences beyond 20 years.

56

With the greatest respect, I find no evidence in either the *Code* or the *Corrections Act* that Parliament intended to constrain a trial judge's traditionally broad sentencing discretion through the imposition of a qualified legal ceiling on numerical sentences pegged at 20 years' imprisonment.

L'argument central avancé par les tenants d'un tel plafond est que, en fixant à sept ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle applicable par défaut à l'égard de toute peine chiffrée de plus de 20 ans (en l'absence de l'ordonnance visée à l'art. 741.2), le législateur fédéral voulait implicitement limiter à 20 ans les peines chiffrées. Comme un contrevenant condamné à une peine de 30 ans ou de 40 ans est néanmoins admissible à la libération conditionnelle totale après un temps d'épreuve de sept ans, on affirme que le législateur fédéral considérerait peu utile des peines d'emprisonnement aussi longues. Comme l'affirme le juge Wood de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «à tout le moins en ce qui concerne l'admissibilité à la libération conditionnelle, le législateur fédéral considère que l'écart numérique entre une peine d'emprisonnement de 21 ans et toute peine d'une durée supérieure, y compris l'emprisonnement à perpétuité, est en grande partie sans valeur» (p. 118).

À titre d'argument connexe, ces mêmes tenants font état d'une situation apparemment absurde qui surviendrait s'il était permis d'infliger, en vertu du *Code*, des peines d'une durée de plus de 20 ans. Lorsqu'on compare les règles d'admissibilité à la libération conditionnelle régissant l'emprisonnement à perpétuité aux règles analogues concernant les peines chiffrées, il est évident que le contrevenant condamné à l'emprisonnement à perpétuité est admissible à la libération conditionnelle avant le délinquant condamné à une peine chiffrée de plus de 20 ans. Vu le résultat apparemment absurde découlant du fait qu'un contrevenant condamné pour une infraction plus grave est admissible à la libération conditionnelle avant un contrevenant condamné pour une ou plusieurs infractions moins graves, on avance que le législateur fédéral entendait sûrement empêcher l'application de peines chiffrées de plus de 20 ans.

En toute déférence, je ne vois rien dans le *Code* ou la *Loi sur le système correctionnel* qui indique que le législateur fédéral entendait restreindre le vaste pouvoir discrétionnaire dont dispose depuis toujours le juge du procès en matière de détermination de la peine, en imposant un plafond légal

Rather, in my reading of both statutes, beyond setting statutory maximum and minimum sentences which reflect the relative severity of different offences, Parliament intended to vest trial judges with a wide ambit of authority to impose a sentence which is "just and appropriate" under the circumstances and which adequately advances the core sentencing objectives of deterrence, denunciation, rehabilitation and the protection of society. Accordingly, in my view, whether or not life imprisonment is available as a maximum sentence in the particular case, there is no pre-set ceiling on fixed-term sentences under the *Code*.

Given the nature of the parole regime, there are limited, if any, inferences that one can draw concerning the structure of maximum sentences under the *Code* from the operation of the parole eligibility provisions of the *Corrections Act*. As I shall endeavour to demonstrate, Parliament established the parole system as a regime by which the conditions of incarceration of a sentence could be altered by subsequent executive review, rather than as a regime by which the sentence itself could be reduced. In my view, the fact that conditions of incarceration are subject to review and possible change at a particular point in time says little about the efficacy and limits of a global fixed-term sentence in advancing the traditional goals of sentencing. Put differently, there is no indication that the parole ineligibility rules of the *Corrections Act* were intended to constrain a court's ability to advance the goals of deterrence, denunciation, rehabilitation and the protection of society through numerical sentences beyond 20 years. Indeed, the *Corrections Act* was enacted to establish an administrative regime for executing and implementing the scheme of discretionary punishments anticipated by its legislative parent, the *Criminal Code*. To suggest that the mechanical parole rules contained within the *Corrections Act* have the contrary effect of dramatically restricting the sentencing discretion of trial judges under the *Code*, with

relatif de 20 ans pour les peines chiffrées d'emprisonnement. Au contraire, selon mon interprétation des deux lois, en plus de fixer dans la loi des peines maximales et minimales reflétant la gravité relative des différentes infractions, le législateur fédéral entendait conférer au juge du procès un large pouvoir l'autorisant à infliger une peine qui soit «juste et appropriée» eu égard aux circonstances et qui serve adéquatement les objectifs fondamentaux de la détermination de la peine que sont la dissuasion, la réadaptation et la protection de la société. Donc, à mon avis, que l'emprisonnement à perpétuité soit ou non la peine maximale prévue dans un cas donné, il n'existe pas de plafond préétabli à l'égard des peines d'une durée déterminée infligées en vertu du *Code*.

En raison de la nature du régime de libération conditionnelle, aucune inférence ou presque ne peut être tirée de l'application des dispositions de la *Loi sur le système correctionnel* relatives à l'admissibilité à la libération conditionnelle en ce qui concerne la structure des peines maximales prévues par le *Code*. Ainsi que je vais m'efforcer de le démontrer, le législateur fédéral a établi un régime de libération conditionnelle visant à permettre, au moyen d'un examen administratif ultérieur, la modification des conditions d'incarcération dont une peine est assortie plutôt que la réduction de la peine elle-même. À mon avis, le fait que les conditions d'incarcération soient susceptibles d'examen et de modification à un moment donné renseigne peu sur l'efficacité des peines globales d'une durée déterminée à faire avancer les objectifs traditionnels de la détermination de la peine. Autrement dit, rien n'indique que les règles relatives à l'inadmissibilité à la libération conditionnelle figurant dans la *Loi sur le système correctionnel* visent à limiter le pouvoir du tribunal de favoriser la réalisation des objectifs de dissuasion, de réprobation, de réadaptation et de protection de la société au moyen de peines chiffrées d'emprisonnement de plus de 20 ans. De fait, la *Loi sur le système correctionnel* a été édictée afin d'établir un mécanisme administratif visant à pourvoir à l'exécution et à l'application du régime de peines discrétionnaires envisagées par la loi qui est à son origine, le *Code criminel*. En toute défé-

respect, fundamentally misreads the relationship between the two statutes.

4. The Nature of the Parole System

58

The origins of our modern parole system date from the early part of this century. Prior to Confederation, a sentence imposed at trial could be commuted to “banishment” or “transportation” (i.e., forced removal to another colony), or could be reduced through an exercise of the Royal prerogative of mercy. But apart from these exceptional means, the laws of Canada provided no general mechanism for the administrative modification or suspension of a judicial sentence. See, generally, D. P. Cole and A. Manson, *Release from Imprisonment* (1990), at pp. 159-63. The earliest legislative scheme resembling parole appears to date from the *Penitentiary Act of 1868*, S.C. 1868, c. 75, which provided for a simple mechanism for sentence remission. However, the first contemporary regime for conditional release was established at the end of the 19th century with the “Ticket of Leave Act”, *An Act to provide for the Conditional Liberation of Penitentiary Convicts*, S.C. 1899, c. 49. Under that statute, a convict could apply to executive authorities for early release, subject to a variety of conditions of supervision, prior to the expiration of his sentence. See Cole and Manson, *supra*, at pp. 164-67. As M. E. Campbell and D. P. Cole point out, “Conditional Release Considerations in Sentencing” (1985), 42 C.R. (3d) 191, at p. 203, n. 14, the “Ticket of Leave Act” was generally viewed as a mechanism which codified and regularized the exercise of the Crown’s prerogative of clemency. Accordingly, applications under the Act were understood as a mechanism for the reduction of sentence.

rence, affirmer que les règles de fonctionnement de la libération conditionnelle figurant dans la *Loi sur le système correctionnel* ont au contraire pour effet de restreindre de façon importante le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge du procès en matière de détermination de la peine en vertu du *Code*, c’est bien mal comprendre le rapport entre les deux lois.

4. La nature du système de libération conditionnelle

Les origines de notre système moderne de libération conditionnelle remontent au début du siècle. Avant la Confédération, la peine infligée au procès pouvait être commuée en «bannissement» ou «transportation» (c.-à-d. l’envoi forcé dans une autre colonie) ou pouvait être réduite par l’exercice de la prérogative de clémence la Couronne. Exception faite toutefois de ces moyens exceptionnels, les lois canadiennes ne prévoyaient aucun mécanisme général de modification ou suspension administratives des peines imposées par les tribunaux. Voir, de façon générale, D. P. Cole et A. Manson, *Release from Imprisonment* (1990), aux pp. 159 à 163. Le tout premier cadre législatif s’apparentant à un régime de libération conditionnelle semble remonter à l’*Acte des pénitenciers de 1868*, S.C. 1868, ch. 75, qui établissait un simple mécanisme de remise de peine. Cependant, le premier régime contemporain de libération conditionnelle a été établi à la fin du XIX^e siècle avec le «Ticket of Leave Act», l’*Acte relatif à la libération conditionnelle des détenus aux pénitenciers*, S.C. 1899, ch. 49. En vertu de cette loi, un détenu pouvait demander aux autorités administratives d’être libéré, sous réserve d’une série de conditions de surveillance, avant l’expiration de sa peine. Voir Cole et Manson, *op. cit.*, aux pp. 164 à 167. Comme le soulignent M. E. Campbell et D. P. Cole dans «Conditional Release Considerations in Sentencing» (1985), 42 C.R. (3d) 191, à la p. 203, n^o 14, le «Ticket of Leave Act» était généralement perçu comme un mécanisme ayant pour effet de codifier et de régulariser l’exercice de la prérogative de clémence de la Couronne. En conséquence, les demandes présentées en vertu de cette loi étaient donc considérées comme un moyen d’obtenir la réduction de la peine.

However, with the publication of the “Fauteux Report”, *Report of a Committee Appointed to Inquire into the Principles and Procedures Followed in the Remission Service of the Department of Justice of Canada* (1956), and the ensuing passage of the first modern Canadian *Parole Act* (*An Act to provide for the Conditional Liberation of Persons Undergoing Sentences of Imprisonment*), S.C. 1958, c. 38, the parole system was transformed into a regime by which executive authorities were vested with authority to review and alter the conditions under which imprisonment is served. Under s. 11(1) of that Act, the judicially imposed sentence of a paroled inmate was “deemed to continue in force” until the expiry of the term of imprisonment (emphasis added). Similarly, under s. 2(d), parole was defined as “authority granted under this Act to an inmate to be at large during his term of imprisonment” (emphasis added). Under that Act and its subsequent incarnations, administrative parole authorities enjoyed no authority to reduce a sentence by altering the expiry date of the warrant of committal, i.e. the formal judicial order imposing sentence. See *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, as amended by S.C. 1976-77, c. 53. See also Campbell and Cole, *supra*, at p. 203. As McLennan J.A. described the legal premise of the modern parole system in *Wilmott*, *supra*, at pp. 181-82.

It is to be emphasized that the effect of a grant of parole is not to alter the length of a sentence imposed by a Court upon an offender. Parole provides that the offender serves his sentence outside the prison, not as a free man, but under supervision and subject to terms and conditions imposed. A person on parole is not a free man. The grant may be revoked in the discretion of the Board and the offender is thereupon recommitted to serve the portion of the original term of imprisonment that remains unexpired at the date parole was granted. . . . A grant of parole does not reduce a sentence. The Board has power in appropriate cases

Toutefois, avec la publication du «Rapport Fauteux», *Rapport d'un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au Service des pardons du ministère de la Justice du Canada* (1956), et l'adoption subséquente de la première loi canadienne moderne en la matière, intitulée *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* (*Loi relative à la libération conditionnelle de personnes purgeant des sentences d'emprisonnement*), S.C. 1958, ch. 38, le système de libération conditionnelle a été transformé en un régime par lequel les autorités administratives étaient investies du pouvoir d'examiner et de modifier les conditions aux termes desquelles une peine d'emprisonnement est purgée. Selon le par. 11(1) de cette loi, la sentence imposée par le tribunal à un détenu à liberté conditionnelle était «réputée rester en vigueur» jusqu'à l'expiration de la période d'emprisonnement (je souligne). De même, à l'al. 2d), le terme libération conditionnelle était défini comme étant «l'autorisation, que la présente loi accorde à un détenu, d'être en liberté pendant sa période d'emprisonnement» (je souligne). En vertu de cette loi et de celles qui l'ont remplacée, les autorités administratives chargées de la libération conditionnelle n'avaient pas le pouvoir de réduire une peine en modifiant la date d'expiration du mandat de dépôt, c.-à-d. de l'ordonnance judiciaire formelle qui imposait la peine. Voir la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, ch. P-2, modifiée par S.C. 1976-1977, ch. 53. Voir également Campbell et Cole, *op. cit.*, à la p. 203. Le juge McLennan a décrit ainsi le fondement juridique du système moderne de libération conditionnelle dans *Wilmott*, précité, aux pp. 181 et 182:

[TRADUCTION] Il faut souligner que l'octroi de la libération conditionnelle n'a pas pour effet de modifier la durée de la peine imposée par la cour à un contrevenant. Dans le cadre la libération conditionnelle, le contrevenant purge sa peine à l'extérieur de la prison, non pas comme un homme libre, mais sous surveillance et suivant les conditions imposées. La personne en liberté conditionnelle n'est pas libre. La libération conditionnelle peut, à l'appréciation de la Commission, être révoquée, auquel cas le contrevenant est alors réincarcéré pour purger la partie de la période initiale d'emprisonnement qui n'est pas expirée à la date à laquelle la libération conditionnelle a été accordée [. . .] L'octroi de la libération conditionnelle ne réduit pas la peine. La Com-

only to change the place where it is served. [Emphasis added.]

mission a, seulement dans des cas appropriés, le pouvoir de changer l'endroit où la peine est purgée. [Je souligne.]

60

The essential nature of the parole system remained unchanged with the legislative modernization of the *Parole Act* in 1992. Section 99(1) of the *Corrections Act* continues to define “full parole” as the authority to grant an offender the right “to be at large during the offender’s term of imprisonment” (emphasis added). As well, s. 128(1) reiterates that “[a]n offender who is released on parole, statutory release or unescorted temporary absence continues, while entitled to be at large, to serve the sentence of imprisonment until its expiration according to law” (emphasis added).

La nature fondamentale du système de libération conditionnelle n’a pas changé malgré la modernisation de la *Loi sur la libération conditionnelle* en 1992. Le paragraphe 99(1) de la *Loi sur le système correctionnel* continue de définir la «libération conditionnelle totale» comme étant le régime permettant au délinquant qui en bénéficie «d’être en liberté pendant sa période d’emprisonnement» (je souligne). De plus, le par. 128(1) réitère que «[l]e délinquant qui bénéficie d’une libération conditionnelle ou d’office ou d’une permission de sortir sans surveillance continue, tant qu’il a le droit d’être en liberté, de purger sa peine d’emprisonnement jusqu’à l’expiration légale de celle-ci» (je souligne).

61

Furthermore, as Campbell and Cole underscore, *supra*, at pp. 204-5, the realities of the conditional release system reinforce the argument that parole is an alteration of the conditions of sentence, rather than a reduction of sentence. Under the *Corrections Act* and its attendant regulations, an offender on parole is subject to strict limits on his or her freedom. While an offender on conditional release is no longer physically confined, a parolee is subject to mandatory parole conditions set out under the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (October 29, 1992). For instance, a parolee must remain at all times within a fixed area designated by the parole supervisor, must report to the police as instructed by the supervisor, and must advise the supervisor of any change in his or her residential, financial, or occupational status. See *Regulations*, s. 161(1). Additionally, under the *Corrections Act*, a parolee is subject to any additional restrictions that the National Parole Board deems “reasonable and necessary” in order “to protect society”. A parolee may also be ordered to reside in a community-based residential facility. The Parole Board may suspend parole in response to a breach of these conditions, or if at any time it is “necessary and reasonable” to prevent such a breach or to protect

En outre, comme le soulignent Campbell et Cole, *op. cit.*, aux pp. 204 et 205, les réalités du système de mise en liberté sous condition renforcent l’argument que la libération conditionnelle est une modification des conditions de la peine plutôt qu’une réduction de celle-ci. La *Loi sur le système correctionnel* et son règlement d’application limitent de façon stricte la liberté du délinquant qui bénéficie d’une libération conditionnelle. Bien que le délinquant en liberté sous condition ne soit plus incarcéré, il est assujéti aux conditions énoncées dans le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (29 octobre 1992). Par exemple, le libéré conditionnel doit rester à tout moment dans les limites territoriales spécifiées par son surveillant, il doit se présenter à la police à la demande de son surveillant et il doit communiquer à celui-ci tout changement de résidence, de sa situation financière ou d’occupation habituelle. Voir le par. 161(1) du *Règlement*. De plus, aux termes la *Loi sur le système correctionnel*, le libéré conditionnel doit se soumettre aux autres restrictions que la Commission nationale des libérations conditionnelles juge «raisonnables et nécessaires» pour «protéger la société». Il peut également faire l’objet d’une ordonnance lui intimant de demeurer dans un établissement résidentiel communautaire. La Commission des libérations conditionnelles peut sus-

society. See ss. 133(3) and (4) and 135(1) of the *Corrections Act*.

In short, the history, structure and existing practice of the conditional release system collectively indicate that a grant of parole represents a change in the conditions under which a judicial sentence must be served, rather than a reduction of the judicial sentence itself. Needless to say, an offender enjoys a greater measure of freedom and liberty when the conditions of his or her imprisonment are changed from physical confinement to full parole. Indeed, as we implicitly held in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pp. 609 and 647, continued incarceration with an extended period of parole ineligibility (much less continued incarceration through an actual denial of parole) may constitute a deprivation of a cognizable liberty interest under s. 7 of the *Charter*. But even though the conditions of incarceration are subject to change through a grant of parole to the offender's benefit, the offender's sentence continues in full effect. The offender remains under the strict control of the parole system, and the offender's liberty remains significantly curtailed for the full duration of the offender's numerical or life sentence. The deterrent and denunciatory purposes which animated the original sentence remain in force, notwithstanding the fact that the conditions of sentence have been modified. The goal of specific deterrence is still advanced, since the offender remains supervised to the extent and degree necessary to prevent possible crime, and since the offender remains under the shadow of re-incarceration if he or she commits another crime. As well, the goal of denunciation continues to operate, as the offender still carries the societal stigma of being a convicted offender who is serving a criminal sentence.

pendre la libération conditionnelle à la suite d'une violation de ces conditions ou si, à quelque moment, elle estime cette mesure «nécessaire et raisonnable» pour empêcher une telle violation ou pour protéger la société. Voir les par. 133(3) et (4) et 135(1) de la *Loi sur le système correctionnel*.

Bref, l'histoire, la structure et les pratiques actuelles du système de liberté sous condition indiquent collectivement que l'octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée plutôt qu'une réduction de la peine elle-même. Il va sans dire que le délinquant jouit d'une liberté et d'une latitude plus grandes lorsque les conditions de sa peine passent de l'incarcération à la libération conditionnelle totale. De fait, comme nous avons conclu implicitement dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, aux pp. 609 et 647, la continuation de l'incarcération assortie d'une longue période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle (à plus forte raison la continuation de l'incarcération découlant concrètement d'un refus de la libération conditionnelle) peut constituer une atteinte à un aspect identifiable du droit à la liberté prévu par l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, même si les conditions d'incarcération sont susceptibles de changer par l'octroi d'une libération conditionnelle au délinquant, sa peine reste pleinement en vigueur. Le délinquant reste assujéti à la surveillance stricte du système de libération conditionnelle, et sa liberté continue d'être considérablement restreinte pendant toute la durée de sa peine d'emprisonnement chiffrée ou de sa peine d'emprisonnement à perpétuité. Les objectifs de dissuasion et de réprobation visés par la peine originale sont toujours valides, même si les conditions de la peine ont été modifiées. L'objectif de dissuasion spécifique continue d'être poursuivi, étant donné que le délinquant demeure sous surveillance dans la mesure nécessaire pour prévenir les risques de crime, et que continue de peser sur lui la menace de réincarcération s'il récidive. Il en est de même de l'objectif de réprobation, car le délinquant porte encore les stigmates sociétaux découlant de sa condition de condamné en train de purger une peine criminelle.

5. The Effect of the Parole Eligibility Rules

63

Against this backdrop, the purpose and effect of the parole eligibility rules in the *Corrections Act* become clear. Within the broad statutory minimum and maximum sentences of the *Code*, Parliament has vested trial judges with considerable discretion to direct a just and appropriate sentence which advances the principles of deterrence, denunciation, rehabilitation and protection of society among other sentencing goals. But in addition to providing for the imposition of a global sentence which reflects the culpability of the offender, Parliament also established threshold periods of parole ineligibility, because it concluded that the traditional blend of sentencing principles also required that a minimum portion of the global sentence be served through conditions of physical confinement. As Iacobucci J. recently noted in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 23, in discussing the mandatory minimum period of parole ineligibility for first degree murder: "parole ineligibility is part of the 'punishment' and thereby forms an important element of sentencing policy".

64

While Parliament was undoubtedly animated by the full range of sentencing principles in setting such threshold periods, it appears to have been principally motivated by the sentencing goals of deterrence and denunciation. By establishing a fixed formula for a minimum period of parole ineligibility under s. 120(1) of the *Corrections Act* (i.e., the lesser of 1/3 of the sentence or seven years), Parliament seems to have concluded that a minimum period of physical confinement was necessary to advance the causes of general deterrence and denunciation even if the offender was completely rehabilitated and posed absolutely no threat to society at the time of sentence. Courts of appeal have similarly concluded that other minimum

5. L'effet des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle

Sur cette toile de fond, l'objectif et l'effet des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle prévues par la *Loi sur le système correctionnel* deviennent clairs. Dans les limites du large éventail de peines minimales et maximales prévues par le *Code*, le législateur fédéral a conféré aux juges qui président des procès un pouvoir discrétionnaire considérable, qui les habilite à prononcer des peines justes et appropriées favorisant la réalisation des divers objectifs de la détermination de la peine, notamment les principes de dissuasion, de réprobation, de réadaptation et de protection de la société. Cependant, en plus de pourvoir à la fixation d'une peine globale qui reflète la culpabilité du délinquant, le législateur fédéral a également établi des périodes minimales d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, parce qu'il a conclu que l'ensemble traditionnel de principes de détermination de la peine exigeait aussi qu'une partie au moins de la peine globale soit purgée en incarcération. Comme l'a fait remarquer récemment le juge Iacobucci dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, au par. 23, en examinant la période minimale obligatoire d'inadmissibilité à la libération conditionnelle en cas de meurtre au premier degré: «l'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du «châtiment» et est donc un élément important de la politique en matière de détermination de la peine».

Bien que le législateur fédéral ait indubitablement été inspiré par la gamme complète des principes de détermination de la peine lorsqu'il a fixé ces périodes minimales, il paraît avoir été motivé principalement par les objectifs de dissuasion et de réprobation. En établissant la période minimale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle au moyen de la formule fixe prévue au par. 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel* (c.-à-d. le tiers de la peine à concurrence de sept ans), le législateur fédéral semble avoir conclu qu'il faut une période minimale d'incarcération pour favoriser les objectifs de réprobation et de dissuasion générale, même si le délinquant est tout à fait réadapté et ne constitue absolument aucune menace pour la

parole ineligibility periods set by the *Code* are principally motivated by the concerns of deterrence and denunciation. As the Manitoba Court of Appeal concluded in *R. v. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57, at p. 61, in discussing the 10-year parole ineligibility for second-degree murder under s. 744 of the *Code*: "Parliament's purpose in adding a minimum period of parole ineligibility to a life sentence was, in my view, twofold. It was to deter and denounce the crime."

But I find no necessary inference from this larger scheme of parole eligibility rules governing review of the conditions of sentence that Parliament intended to cap the quantum of sentence available under the *Code*. Under s. 120(1) of the *Corrections Act*, Parliament quite clearly fixed the default parole ineligibility period for any numerical sentence beyond 20 years at seven years. As I understand the purpose of the seven-year rule, Parliament apparently concluded that the principles of deterrence and denunciation only required that an offender spend seven years under the conditions of physical confinement. But there is no indication that the default parole ineligibility rules exhaust a court's ability to advance the goals of deterrence, denunciation, rehabilitation and the protection of society through the imposition of a numerical sentence beyond 20 years. Even though the conditions of the offender's term of imprisonment may be subject to change after seven years, the interaction of well-accepted sentencing principles could still require that the offender remain under the supervisory aegis of the parole system (if not under imprisonment) for well beyond 20 years. In short, I am not persuaded that the parole eligibility rules necessarily undermine a trial judge's ability to advance the goals of sentencing through a fixed-term sentence beyond 20 years. As such, there is no necessary inference that Parliament implicitly imposed a qualified cap on fixed-term sentences

société au moment où la peine lui est infligée. Les tribunaux d'appel ont, de la même façon, statué que d'autres périodes minimales d'inadmissibilité à la libération conditionnelle fixées par le *Code* sont motivées surtout par un souci de dissuasion et de réprobation. Ainsi qu'a conclu la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57, à la p. 61, en examinant la période d'inadmissibilité de 10 ans à la libération conditionnelle prévue par le par. 744 du *Code* en cas de meurtre au deuxième degré: [TRADUCTION] «À [notre] avis, le législateur fédéral visait deux objectifs en ajoutant à une peine d'emprisonnement à perpétuité une période minimale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, en l'occurrence la dissuasion et la réprobation du crime.»

Toutefois, rien ne m'amène à inférer nécessairement de cet ensemble plus vaste de règles d'admissibilité à la libération conditionnelle régissant l'examen des conditions de la peine que le législateur fédéral entendait plafonner l'importance de la peine pouvant être infligée en vertu du *Code*. Au paragraphe 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel*, le législateur fédéral a fixé très clairement à sept ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle applicable par défaut à toute peine chiffrée de plus de 20 ans. Si j'ai bien compris l'objectif de la règle des sept ans, le législateur fédéral a apparemment conclu que les principes de dissuasion et de réprobation exigeaient uniquement que le délinquant soit incarcéré pendant sept ans. Cependant, rien n'indique que les règles d'inadmissibilité à la libération conditionnelle applicables par défaut enlèvent aux tribunaux leur capacité de favoriser la réalisation des objectifs de dissuasion, de réprobation, de réadaptation et de protection de la société en imposant des peines chiffrées de plus de 20 ans. Même si les conditions de la période d'emprisonnement du délinquant peuvent être changées après sept ans, il est possible néanmoins que l'interaction de principes reconnus de détermination de la peine exige que le délinquant reste sous la surveillance du système de libération conditionnelle (voire en détention) pendant beaucoup plus que 20 ans. En résumé, je ne suis pas convaincu que les règles d'admissibilité à

through its adoption of the *Corrections Act* and its predecessors.

66

The argument advanced by the British Columbia Court of Appeal in favour of a sentence ceiling suffers from other logical flaws. On the basis of the seven-year rule contained within s. 120(1) of the *Corrections Act*, Wood J.A. submits that Parliament attached little practical utility to terms of imprisonment which exceed 20 years. But with respect, if that was the case, it seems odd that Parliament would nonetheless have explicitly provided for life imprisonment as a potential sentence, since a life sentence will often exceed 20 years in effect. Furthermore, even if one can finesse that logical difficulty, there is no reasonable basis for inferring from s. 120(1) that Parliament intended a qualified ceiling on fixed-term sentences, which permits sentences beyond 20 years in the presence of vaguely defined "special circumstances".

67

In addition to the foregoing arguments in support of a legal ceiling on numerical sentences, the British Columbia Court of Appeal attached some weight to an apparent absurdity in the mechanics of the parole eligibility rules. Interpreting the provisions of the *Corrections Act* according to their plain meaning, as a default rule, an offender sentenced to life imprisonment would be eligible for parole before an offender sentenced to a numerical sentence beyond 20 years. At face value, the operation of the parole ineligibility rules seems counter-intuitive; one would normally think that an offender sentenced to a more serious crime where life imprisonment was available would be eligible for parole after an offender sentenced to a lesser crime. As such, the suggestion is that Parlia-

la libération conditionnelle sapent nécessairement la capacité du juge du procès de favoriser les objectifs de la détermination de la peine en infligeant une peine d'une durée déterminée de plus de 20 ans. En conséquence, rien ne permet d'inférer nécessairement que le législateur fédéral a implicitement fixé un plafond relatif à l'égard des peines d'une durée déterminée en adoptant la *Loi sur le système correctionnel* et les lois qui l'ont précédée.

La thèse de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique selon laquelle les peines sont assujetties à un plafond présente d'autres lacunes sur le plan de la logique. Se fondant sur la règle des sept ans figurant au par. 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel*, le juge Wood avance que le législateur fédéral a reconnu peu d'utilité pratique aux périodes d'emprisonnement de plus de 20 ans. En toute déférence, si ce fut le cas, il semble étrange que le législateur fédéral ait néanmoins expressément fait de l'emprisonnement à perpétuité une peine possible, car, dans les faits, cette peine dure souvent plus de 20 ans. Qui plus est, même si ce problème de logique pouvait être contourné, il n'existe aucun fondement raisonnable permettant d'inférer du par. 120(1) que le législateur fédéral entendait fixer un plafond relatif à l'égard des peines d'une durée déterminée, plafond qui permettrait de prononcer des peines de plus de 20 ans lorsqu'il existe des «circonstances spéciales» vaguement définies.

En plus des arguments susmentionnés invoqués pour soutenir l'existence d'un plafond relatif applicable à l'égard des peines chiffrées, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accordé un certain poids à une apparente absurdité découlant du fonctionnement des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle. Si on interprète les dispositions de la *Loi sur le système correctionnel* selon leur sens ordinaire, en tant que règle applicable par défaut, le contrevenant condamné à l'emprisonnement à perpétuité serait admissible à la libération conditionnelle avant celui condamné à une peine chiffrée de plus de 20 ans. À première vue, l'application des règles d'inadmissibilité à la libération conditionnelle semble contraire à l'intuition, car on serait normalement porté à penser que le contreve-

ment must have intended to avoid such an absurdity, and that the courts ought to prevent such an absurdity through the imposition of a cap on fixed-term sentences.

Quite frankly, I fail to see any obvious absurdity on the face of the parole eligibility scheme. Upon close examination, one can readily infer an intelligible legislative intent behind the operation of the rules. Parliament could have concluded that as a result of the unique life-long parole restrictions associated with a term of life imprisonment, an offender sentenced to life ought to be entitled to have his or her pre-trial custody credited to his or her parole ineligibility time.

Furthermore, any alleged absurdity on the face of the statute will rarely manifest itself in the actual release dates of prisoners. The rules of the *Corrections Act* only govern an offender's eligibility for full parole; the actual granting of full parole remains within the discretion of the National Parole Board. If an offender has committed a severe enough offence to warrant a life sentence, the offender will, *ceteris paribus*, represent a greater threat to society than an offender who received a non-life sentence. As such, notwithstanding the operation of the parole eligibility rules, I am inclined to believe that the Parole Board will ordinarily conclude that the protection of society requires an offender sentenced to life imprisonment to remain under conditions of physical incarceration longer than an offender serving a fixed-term sentence of imprisonment. Accordingly, in the actual operation of these rules, it will simply not be the normal practice that an offender sentenced to life will receive conditional release

nant condamné pour un crime plus grave et punissable par l'emprisonnement à perpétuité ne serait admissible à la libération conditionnelle qu'après celui condamné pour un crime moins grave. En conséquence, on prétend que le législateur fédéral a dû vouloir éviter une telle absurdité et que les tribunaux devraient l'empêcher de se produire en imposant un plafond aux peines d'une durée déterminée.

Bien franchement, je ne constate l'existence d'aucune absurdité ostensible dans le fonctionnement du système d'admissibilité à la libération conditionnelle. Un examen attentif permet facilement d'inférer de l'application des règles l'existence d'une volonté intelligible du législateur. Il est possible que le législateur fédéral ait conclu que, compte tenu des restrictions continues particulières qui s'appliquent à la libération conditionnelle en cas de peine d'emprisonnement à perpétuité, le contrevenant condamné à cette peine devrait avoir le droit que la période qu'il passe en détention avant le procès soit soustraite de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

En outre, toute prétendue absurdité ostensible de la loi se manifestera rarement dans la date concrète de libération du prisonnier. En effet, les règles de la *Loi sur le système correctionnel* régissent seulement l'admissibilité du délinquant à la libération conditionnelle totale; l'octroi même de la libération conditionnelle relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Si le délinquant a commis une infraction suffisamment grave pour justifier une peine d'emprisonnement à perpétuité, il constitue, toutes choses étant égales, une menace plus grande pour la société que celui qui a été condamné à une autre peine. En conséquence, malgré le fonctionnement des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle, je suis enclin à croire que la Commission des libérations conditionnelles conclura ordinairement que la protection de la société exige que le délinquant condamné à l'emprisonnement à perpétuité reste incarcéré plus longtemps que celui qui purge une peine d'emprisonnement d'une

68

69

before an offender sentenced to a fixed-term sentence beyond 20 years.

70

Finally, even if one assumes that the parole eligibility rules result in an absurdity, I believe that such a legislative absurdity would only be compounded rather than corrected by imposing a strict restriction on the sentencing discretion of trial judges under the *Criminal Code*. The *Corrections Act* was enacted for the purpose of creating a comprehensive correctional system to execute the larger system of criminal sentencing established by the *Code*. As the *Corrections Act* defines its own purpose:

3. The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; . . . [Emphasis added.]

In my view, it would seriously pervert both the very purpose and function of the statute to suggest that the peculiarities of the parole eligibility rules contained within the *Corrections Act* ought to dictate and control the structure of sentences under the *Code*. The *Corrections Act* was intended to facilitate the sentencing discretion of trial judges rather than frustrate it. As such, I simply cannot accept that we should modify the basic architecture of our criminal justice system to avoid a potential anomaly arising from the comparative rules governing the commencement of parole eligibility under ss. 120(1) and (2) of the *Corrections Act*.

durée déterminée. Par conséquent, dans l'application concrète de ces règles, il ne sera pas courant que les délinquants condamnés à l'emprisonnement à perpétuité jouissent d'une libération conditionnelle avant ceux condamnés à une peine d'une durée déterminée de plus de 20 ans.

Enfin, même en supposant que les règles d'admissibilité à la libération conditionnelle entraînent une absurdité, je crois qu'on ne ferait qu'exacerber une telle absurdité législative plutôt que la corriger en restreignant de façon stricte le pouvoir discrétionnaire que le *Code criminel* confère au juge du procès en matière de détermination de la peine. La *Loi sur le système correctionnel* a été édictée afin de créer un système correctionnel complet, chargé d'appliquer le régime plus large de détermination de la peine en matière criminelle établi par le *Code*. La *Loi sur le système correctionnel* définit ainsi son objet:

3. Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines; . . . [Je souligne.]

À mon avis, affirmer que les particularités des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle figurant dans la *Loi sur le système correctionnel* devraient dicter et contrôler la structure des peines infligées en vertu du *Code* dénaturerait gravement tant l'objet que le rôle même de la loi. La *Loi sur le système correctionnel* vise à faciliter l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine plutôt qu'à le contrecarrer. En conséquence, je ne peux tout simplement pas admettre que l'architecture fondamentale de notre système de justice criminelle devrait être modifiée afin d'éviter qu'une anomalie possible ne résulte des règles comparatives des par. 120(1) et (2) de la *Loi sur le système correctionnel* régissant le début du temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle.

6. Conclusion

In summary, I find no evidence from the parole eligibility rules under the *Corrections Act* that Parliament intended to impose a qualified ceiling on numerical sentences under the *Code*. A numerical sentence beyond 20 years may still significantly advance the traditional continuum of sentencing goals ranging from deterrence, denunciation, rehabilitation to the protection of society, notwithstanding the fact that an offender is eligible for review of the conditions of his or her incarceration after seven years (absent an order extending the period of ineligibility under s. 741.2 of the *Code*). Accordingly, I remain thoroughly unpersuaded that Parliament intended to preclude such numerical sentences through the adoption of the *Corrections Act* and its legislative predecessors. The very purpose of the *Corrections Act* was to enable a trial judge's sentencing discretion under the *Code* rather than to hobble it. In the absence of a clearer expression of legislative intent on such an important subject implicating the basic structure of our criminal justice system, I decline to read such a dramatic restriction on the sentencing discretion of judges into the *Criminal Code*.

In my view, within the broad statutory maximum and minimum penalties defined for particular offences under the *Code*, trial judges enjoy a wide ambit of discretion under s. 717 in selecting a "just and appropriate" fixed-term sentence which adequately promotes the traditional goals of sentencing, subject only to the fundamental principle that the global sentence imposed reflect the overall culpability of the offender and the circumstances of the offence. As such, I decline to delineate any pre-fixed outer boundary to the sentencing discretion of a trial judge, whether at 20 years, or even at 25 years as suggested by Seaton J.A. in dissent at

6. Conclusion

En résumé, je ne vois rien dans les règles d'admissibilité à la libération conditionnelle prévues par la *Loi sur le système correctionnel* qui permette d'établir que le législateur fédéral entendait imposer un plafond relatif à l'égard des peines chiffrées infligées en vertu du *Code*. Malgré le fait qu'un délinquant soit admis à demander l'examen des conditions de son incarcération après sept ans (en l'absence d'une ordonnance prolongeant la période d'inadmissibilité en vertu de l'art. 741.2 du *Code*), une peine chiffrée de plus de 20 ans peut néanmoins favoriser considérablement le continuum traditionnel des objectifs de la détermination de la peine, qui vont de la dissuasion à la protection de la société, en passant par la réprobation et la réadaptation. Par conséquent, je ne suis vraiment pas convaincu que le législateur fédéral entendait empêcher le prononcé de telles peines chiffrées en adoptant la *Loi sur le système correctionnel* et les lois qui l'ont précédée. L'objet même de la *Loi sur le système correctionnel* était de permettre au juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine en vertu du *Code* plutôt que de l'entraver. En l'absence d'une expression plus claire de la volonté du législateur sur un sujet aussi important, qui met en cause la structure fondamentale de notre système de justice criminelle, je refuse de considérer que le pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges en matière de détermination de la peine en vertu du *Code criminel* est assujéti à une restriction aussi importante.

À mon avis, dans les limites du large éventail de peines minimales et maximales prévues par le *Code* pour certaines infractions précises, le juge du procès jouit, en vertu de l'art. 717, d'un pouvoir discrétionnaire considérable l'autorisant à fixer une peine d'une durée déterminée «juste et appropriée», qui serve adéquatement les objectifs traditionnels de la détermination de la peine, sous réserve seulement du principe fondamental que la peine globale infligée reflète la culpabilité générale du délinquant et les circonstances de l'infraction. Je refuse donc d'imposer toute limite préétablie au pouvoir discrétionnaire du juge du procès

71

72

the Court of Appeal. Similarly, I see no reason why numerical sentences in Canada ought to be *de facto* limited at 20 years as a matter of judicial habit or convention. Whether a fixed-term sentence beyond 20 years is imposed as a sentence for a single offence where life imprisonment is available but not imposed, or as a cumulative sentence for multiple offences where life imprisonment is not available, there is no *a priori* ceiling on fixed-term sentences under the *Code*.

en matière de détermination de la peine, que ce soit 20 ans ou même 25 ans comme le suggère le juge Seaton dans ses motifs de dissidence en Cour d'appel. De même, je ne vois aucune raison pour laquelle, au Canada, les peines chiffrées devraient être limitées *de facto* à 20 ans en raison d'une pratique ou convention des tribunaux. Qu'une peine d'une durée déterminée de plus de 20 ans ait été infligée, soit en tant que peine pour une infraction unique à l'égard de laquelle l'emprisonnement à perpétuité est prévu mais n'a pas été imposé, soit en tant que peine cumulative pour de multiples infractions non punissables par l'emprisonnement à perpétuité, il n'existe aucun plafond préétabli à l'égard des peines d'une durée déterminée infligées en vertu du *Code*.

73

The bastion which protects Canadians from unduly harsh fixed-term sentences is not found in the mechanics of the *Corrections Act* but rather in the good sense of our nation's trial judges. For many of the lesser crimes presently before our courts, a single or cumulative sentence beyond 20 years would undoubtedly be grossly excessive, and probably cruel and unusual. In other circumstances, such a stern sentence would be both fitting and appropriate. In our system of justice, the ultimate protection against excessive criminal punishment lies within a sentencing judge's overriding duty to fashion a "just and appropriate" punishment which is proportional to the overall culpability of the offender.

Le bastion qui protège les Canadiens et les Canadiennes contre l'application de peines d'une durée déterminée trop sévères ne réside pas dans les rouages de la *Loi sur le système correctionnel* mais plutôt dans le bon sens des juges qui président les procès au pays. Pour bon nombre des crimes de peu de gravité dont sont actuellement saisis nos tribunaux, une peine unique ou cumulative de plus de 20 ans d'emprisonnement serait sans aucun doute excessive et probablement cruelle et inusitée. Dans d'autres circonstances, toutefois, une peine aussi rigoureuse serait à la fois juste et appropriée. Dans notre système de justice, la protection ultime contre l'application de peines criminelles excessives réside dans l'obligation primordiale du juge chargé de la détermination de la peine de fixer une peine «juste et appropriée», qui soit proportionnée à la culpabilité générale du contrevenant.

74

However, in the process of determining a just and appropriate fixed-term sentence of imprisonment, the sentencing judge should be mindful of the age of the offender in applying the relevant principles of sentencing. After a certain point, the utilitarian and normative goals of sentencing will eventually begin to exhaust themselves once a contemplated sentence starts to surpass any reasonable estimation of the offender's remaining natural life span. Accordingly, in exercising his or her specialized discretion under the *Code*, a sentencing judge

Toutefois, dans la détermination d'une peine juste et appropriée d'emprisonnement d'une durée déterminée, le juge chargé de cette tâche devrait tenir compte de l'âge du contrevenant dans l'application des principes pertinents. Passé un certain point, les objectifs utilitaristes et normatifs de la détermination de la peine commencent éventuellement à perdre leur pertinence dès que la peine envisagée dépasse toute estimation raisonnable du temps qu'il reste normalement à vivre au délinquant. Par conséquent, dans l'exercice du pouvoir

should generally refrain from imposing a fixed-term sentence which so greatly exceeds an offender's expected remaining life span that the traditional goals of sentencing, even general deterrence and denunciation, have all but depleted their functional value. But with that consideration in mind, the governing principle remains the same: Canadian courts enjoy a broad discretion in imposing numerical sentences for single or multiple offences, subject only to the broad statutory parameters of the *Code* and the fundamental principle of our criminal law that global sentences be "just and appropriate".

Pursuant to the foregoing discussion, I conclude that the British Columbia Court of Appeal erred in applying as a principle of sentencing that fixed-term sentences under the *Criminal Code* ought to be capped at 20 years, absent special circumstances. However, the Court of Appeal also justified its reduction of the respondent's sentence on the grounds that the sentence imposed by Filmer Prov. Ct. J. was unfit under the particular circumstances. Accordingly, it is still necessary to examine whether the Court of Appeal erred in law in its review of the fitness of the respondent's sentence. But before turning to that question, I intend to deal briefly with the Crown's two remaining grounds of appeal.

B. *Did the Court of Appeal err in holding that retribution is not a legitimate principle of sentencing?*

As a second and independent ground of appeal, the Crown argues that the Court of Appeal erred in law by relying on the proposition that "retribution is not a legitimate goal of sentencing" (p. 116) in reducing the sentence imposed by Filmer Prov. Ct. J. to 18 years and 8 months. In my reading of the judgment of the Court of Appeal below, I find

discrétionnaire spécialisé que lui confère le *Code*, le juge appelé à infliger la peine devrait généralement se garder d'imposer des peines d'une durée déterminée qui dépassent tellement le nombre d'années qu'il reste de façon prévisible au contrevenant à vivre que les objectifs traditionnels de la détermination de la peine, mêmes les objectifs de dissuasion générale et de réprobation, en perdent pratiquement toute leur valeur fonctionnelle. Toutefois, avec cette considération à l'esprit, le principe directeur demeure le même: les tribunaux canadiens jouissent, dans l'application des peines chiffrées pour des infractions uniques ou multiples, d'un vaste pouvoir discrétionnaire, limité seulement par les larges paramètres législatifs prévus par le *Code* et le principe fondamental de notre droit criminel qui veut que les peines globales soient «justes et appropriées».

Conformément à l'examen qui précède, je conclus que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en appliquant, en tant que principe de détermination de la peine, la règle qui veut que, sauf circonstances spéciales, les peines d'une durée déterminée infligées en vertu du *Code criminel* ne doivent pas dépasser 20 ans. Cependant, la Cour d'appel a également justifié sa décision de réduire la peine de l'intimé par le fait que la peine infligée par le juge Filmer n'était pas indiquée eu égard aux circonstances particulières de l'affaire. Par conséquent, il reste encore à se demander si la Cour d'appel a commis une erreur de droit dans son examen de la justesse de la peine infligée à l'intimé. Toutefois, avant d'aborder cette question, je me propose de traiter brièvement les deux autres moyens d'appel invoqués par le ministère public.

B. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le châtement n'est pas un principe légitime de détermination de la peine?*

Comme deuxième moyen d'appel indépendant, le ministère public prétend que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en se fondant sur la proposition que [TRADUCTION] «le châtement n'est pas un objectif légitime de détermination de la peine» (p. 116) pour réduire à 18 ans et 8 mois la peine infligée par le juge Filmer. Dans la décision

little evidence that the passing remarks of Wood J.A. in relation to the legitimacy of retribution played a significant role in his conclusion that the respondent's sentence ought to be reduced to 18 years and 8 months' imprisonment. It should be noted that Rowles J.A., in her concurring reasons, did not even discuss retribution as a principle of sentencing. Similarly, there is no evidence that Filmer Prov. Ct. J. placed any explicit reliance on the objective of "retribution" in initially rendering his stern sentence. Accordingly, whether or not Wood J.A. erred as a strict matter of law in his discussion of the philosophical merits of retribution as a principle of sentencing, I conclude that Wood J.A.'s discussion of retribution was not a decisive element in the majority of the Court of Appeal's conclusion that the sentence of the respondent ought to be reduced to below 19 years. Therefore, I am persuaded that the remarks of Wood J.A. in relation to retribution did not constitute a reversible error. However, given the continued judicial debate over this issue, particularly in recent judgments of the British Columbia Court of Appeal (see, e.g., *R. v. Hicks* (1995), 56 B.C.A.C. 259, at para. 14 (rejecting retribution), *R. v. Eneas*, [1994] B.C.J. No. 262, at paras. 45 and 46 (endorsing retribution); *R. v. M. (D.E.S.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 371, at p. 376 (rejecting retribution); *R. v. Hoyt*, [1992] B.C.J. No. 2315, at paras. 21 and 22 (rejecting retribution); *R. v. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390, at pp. 394-95 (endorsing retribution)), it would be prudent for this Court to clarify briefly the existing state of Canadian law in this important area.

77

It has been recognized by this Court that retribution is an accepted, and indeed important, principle of sentencing in our criminal law. As La Forest J. acknowledged in discussing the constitutionality of the dangerous offender provisions of the *Criminal Code* in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329:

In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and

de la Cour d'appel en l'espèce, je trouve peu d'éléments établissant que les remarques incidentes du juge Wood sur le caractère légitime du châtime ont joué un rôle important dans sa conclusion que la peine d'emprisonnement de l'intimé devait être réduite à 18 ans et 8 mois. Il convient de signaler que le juge Rowles, dans ses motifs concordants, n'a même pas examiné le châtime comme principe de détermination de la peine. De même, rien n'indique que le juge Filmer s'est fondé justement sur l'objectif de «châtiment» pour prononcer sa peine sévère. En conséquence, que le juge Wood ait commis ou non une erreur de droit strict dans son examen du bien-fondé philosophique du châtime en tant que principe de détermination de la peine, je conclus que cet examen n'a pas été un élément décisif de la conclusion de la majorité de la Cour d'appel que la peine de l'intimé devait être réduite à moins de 19 ans. Je suis donc persuadé que les remarques du juge Wood au sujet du châtime ne constituaient pas une erreur justifiant annulation. Cependant, comme cette question continue d'être débattue devant les tribunaux, comme en témoignent notamment les arrêts récents de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (voir, par ex., les arrêts *R. c. Hicks* (1995), 56 B.C.A.C. 259, au par. 14 (rejetant la notion de châtime), *R. c. Eneas*, [1994] B.C.J. No. 262, aux par. 45 et 46 (acceptant cette notion); *R. c. M. (D.E.S.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 371, à la p. 376 (rejetant cette notion); *R. c. Hoyt*, [1992] B.C.J. No. 2315, aux par. 21 et 22 (rejetant cette notion); *R. c. Pettigrew* (1990), 56 C.C.C. (3d) 390, aux pp. 394 et 395 (acceptant cette notion)), il serait prudent de la part de notre Cour de préciser brièvement l'état actuel du droit canadien sur cet aspect important.

Notre Cour a reconnu que le châtime est, dans notre droit criminel, un principe accepté et de fait important en matière de détermination de la peine. Ainsi que l'a reconnu le juge La Forest, en examinant la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives au délinquant dangereux, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329:

Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera

the circumstances of the offender. No one would suggest that any of these functional considerations should be excluded from the legitimate purview of legislative or judicial decisions regarding sentencing. [Emphasis added.]

This Court has since re-endorsed this passage on a number of occasions as a proper articulation of some of the guiding principles of sentencing in a number of subsequent cases. See *Luxton, supra*, at p. 721; *Goltz, supra*, at p. 503; and *Shropshire, supra*, at para. 23.

The Canadian Sentencing Commission in its 1987 Report on Sentencing Reform also endorsed retribution as a legitimate and relevant consideration in the sentencing process. While the Commission noted that strict retributivist theory on its own fails to provide a general justification for the imposition of criminal sanctions, the Commission argued that retribution, in conjunction with other utilitarian justifications of punishment (i.e., deterrence and rehabilitation), contributes to a more coherent theory of punishment (*supra*, at pp. 141-42, 143-45). More specifically, the Commission argued that a theory of retribution centred on “just deserts” or “just sanctions” provides a helpful organizing principle for the imposition of criminal sanctions (at p. 143). Indeed, as the Commission noted, retribution frequently operates as a principle of restraint, as utilitarian principles alone may direct individualized punishments which unfairly exceed the culpability of the offender. As the Report stated at pp. 133-34:

The ethical foundation of retributivism lies in the following principle: it is immoral to treat one person as a resource for others. From this principle it follows that the only legitimate ground for punishing a person is the blameworthiness of his or her conduct. It also follows that sanctions must be strictly proportionate to the culpability of a person and to the seriousness of the offence for which that person has been convicted. . . . According to these principles, all exemplary sentences (i.e. the imposition of a harsher sanction on an individual offender so that he or she may be made an example to

selon la nature du crime et la situation du délinquant. Personne n’a prétendu que l’une quelconque de ces considérations pratiques ne devrait pas entrer en ligne de compte dans les décisions législatives ou judiciaires concernant les peines à imposer. [Je souligne.]

Depuis, notre Cour a confirmé à plusieurs occasions, dans un certain nombre d’arrêts subséquents, que ce passage exprimait correctement certains des principes directeurs applicables à la détermination de la peine. Voir les arrêts *Luxton*, précité, à la p. 721; *Goltz*, précité, à la p. 503; et *Shropshire*, précité, au par. 23.

Dans le Rapport qu’elle a publié en 1987 sur la réforme de la détermination de la peine, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a également reconnu que le châtement est un facteur légitime et pertinent de la détermination de la peine. Tout en soulignant que la théorie rétributiviste stricte n’apporte pas à elle seule une justification générale de l’application de sanctions pénales, la Commission a avancé que le châtement, de concert avec d’autres justifications utilitaristes de l’application des peines (c.-à-d. la dissuasion et la réadaptation), permet l’élaboration d’une théorie plus cohérente de l’application des peines (*op. cit.*, aux pp. 155 et 156, 157 à 159). Plus spécifiquement, la Commission a affirmé qu’une théorie du châtement axée sur le «juste dû» ou les «sanctions justes» constitue un principe utile d’organisation de l’application des sanctions pénales (à la p. 157). De fait, comme l’a signalé la Commission, le châtement agit souvent comme principe de modération, car l’application de principes utilitaristes uniquement peut commander des peines individualisées qui dépassent injustement la culpabilité du contrevenant. Comme il est mentionné dans le Rapport, aux pp. 146 et 147:

Le fondement éthique du rétributivisme réside dans le principe suivant: il est immoral de traiter une personne comme s’il s’agissait d’une ressource pour autrui. Il s’ensuit que seule la conduite répréhensible d’une personne peut légitimer sa punition, et que les sanctions doivent être strictement proportionnelles à sa culpabilité et au degré de gravité de son infraction [. . .] Selon ces principes, toutes les sentences exemplaires (c’est-à-dire imposant une sanction plus sévère à un contrevenant dans le but de servir d’exemple aux autres) sont injustifiées, puisqu’elles sous-entendent que la souffrance

the community) are unjustified, because they imply that an offender's plight may be used as a means or as a resource to deter potential offenders.

See, similarly, B. P. Archibald, *Crime and Punishment: The Constitutional Requirements for Sentencing Reform in Canada* (August 1988), at p. 18. With these considerations in mind, the Commission explicitly defined the fundamental purpose of sentencing with reference to the normative goal of imposing "just sanctions". As the Commission cast the guiding purpose of criminal sentencing, at p. 153:

In furtherance of the overall purpose of the criminal law of maintaining a just, peaceful and safe society, the fundamental purpose of sentencing is to preserve the authority of and promote respect for the law through the imposition of just sanctions. [Emphasis added.]

A majority of this Court has since expressed approval of this passage as an accurate statement of the essential goals of sentencing. See *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 291 (although I dissented on the merits of the case).

79

Retribution, as an objective of sentencing, represents nothing less than the hallowed principle that criminal punishment, in addition to advancing utilitarian considerations related to deterrence and rehabilitation, should also be imposed to sanction the moral culpability of the offender. In my view, retribution is integrally woven into the existing principles of sentencing in Canadian law through the fundamental requirement that a sentence imposed be "just and appropriate" under the circumstances. Indeed, it is my profound belief that retribution represents an important unifying principle of our penal law by offering an essential conceptual link between the attribution of criminal liability and the imposition of criminal sanctions. With regard to the attribution of criminal liability, I have repeatedly held that it is a principle of "fundamental justice" under s. 7 of the *Charter* that criminal liability may only be imposed if an accused possesses a minimum "culpable mental state" in respect of the ingredients of the alleged offence. See *Martineau*, *supra*, at p. 645. See, similarly, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *R. v.*

infligée au contrevenant peut être utilisée comme un moyen ou une ressource pour dissuader des contrevenants en puissance.

Voir, au même effet, B. P. Archibald, *Crime and Punishment: The Constitutional Requirements for Sentencing Reform in Canada* (août 1988), à la p. 18. Avec ces considérations à l'esprit, la Commission a défini de manière explicite le but essentiel de la détermination de la peine en fonction de l'objectif normatif qu'est l'application de «sanctions justes». Voici comment la Commission énonce le but qui doit guider la détermination de la peine en matière pénale, à la p. 168:

Conformément au but général du droit pénal qui est de préserver une société juste, pacifique et sûre, le but essentiel de la sentence consiste à préserver l'autorité de la loi et à en promouvoir le respect par l'imposition de sanctions justes. [Je souligne.]

Depuis, notre Cour a, à la majorité, approuvé à ce passage en tant qu'énoncé exact des buts essentiels de la détermination de la peine. Voir *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, à la p. 291 (même si j'étais dissident quant au fond).

Le châtement, en tant qu'objectif de la détermination de la peine, ne représente rien de moins que le principe sacré selon lequel les sanctions pénales, en plus d'appuyer des considérations utilitaristes liées à la dissuasion et à la réadaptation, doivent également être infligées afin de sanctionner la culpabilité morale du contrevenant. À mon avis, le châtement fait partie intégrante des principes existants de détermination de la peine applicables en droit canadien, du fait de l'obligation fondamentale que la peine infligée soit «juste et appropriée» eu égard aux circonstances. De fait, je crois fermement que le châtement constitue un principe unificateur important de notre droit pénal en ce qu'il établit un lien conceptuel essentiel entre l'imputation de la responsabilité criminelle et l'application de sanctions pénales. En ce qui concerne l'imputation de la responsabilité criminelle, j'ai conclu à maintes reprises que constitue un principe de «justice fondamentale» visé à l'art. 7 de la *Charte* le principe que la responsabilité criminelle d'un acte ne peut être imputée à l'accusé que si celui-ci possède un «état d'esprit coupable» minimum à

Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R. 636. It is this mental state which gives rise to the “moral blameworthiness” which justifies the state in imposing the stigma and punishment associated with a criminal sentence. See *Martineau*, at p. 646. I submit that it is this same element of “moral blameworthiness” which animates the determination of the appropriate quantum of punishment for a convicted offender as a “just sanction”. As I noted in *Martineau* in discussing the sentencing scheme for manslaughter under the *Code*, it is a recognized principle of our justice system that “punishment be meted out with regard to the level of moral blameworthiness of the offender” (p. 647). See the similar observations of W. E. B. Code in “Proportionate Blameworthiness and the Rule Against Constructive Sentencing” (1992), 11 C.R. (4th) 40, at pp. 41-42.

However, the meaning of retribution is deserving of some clarification. The legitimacy of retribution as a principle of sentencing has often been questioned as a result of its unfortunate association with “vengeance” in common parlance. See, e.g., *R. v. Hinch and Salanski*, *supra*, at pp. 43-44; *R. v. Calder* (1956), 114 C.C.C. 155 (Man. C.A.), at p. 161. But it should be clear from my foregoing discussion that retribution bears little relation to vengeance, and I attribute much of the criticism of retribution as a principle to this confusion. As both academic and judicial commentators have noted, vengeance has no role to play in a civilized system of sentencing. See Ruby, *Sentencing*, *supra*, at p. 13. Vengeance, as I understand it, represents an uncalibrated act of harm upon another, frequently motivated by emotion and anger, as a reprisal for harm inflicted upon oneself by that person. Retribution in a criminal context, by contrast, represents an objective, reasoned and measured determination of an appropriate punishment which properly reflects the moral culpability of the offender, having regard to the intentional risk-taking of the offender, the consequential harm caused by the

l'égard des éléments de l'infraction reprochée. Voir *Martineau*, précité, à la p. 645. Voir, au même effet, *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. C'est cet état d'esprit qui donne naissance à la «culpabilité morale» justifiant l'État d'infliger les stigmates et la peine qui se rattachent à une condamnation criminelle. Voir l'arrêt *Martineau*, à la p. 646. Je maintiens que c'est ce même élément de «culpabilité morale» qui anime la détermination de la durée appropriée de la peine qui doit être infligée, en tant que «sanction juste», au contrevenant déclaré coupable. Ainsi que je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Martineau*, en examinant le régime de détermination de la peine applicable en vertu du *Code* à l'homicide involontaire coupable, c'est un principe reconnu de notre système de justice que «la peine doit être imposée en fonction du niveau de culpabilité morale du délinquant» (p. 647). Voir les observations analogues de W. E. B. Code, dans «Proportionate Blameworthiness and the Rule Against Constructive Sentencing» (1992), 11 C.R. (4th) 40, aux pp. 41 et 42.

Toutefois, quelques précisions s'imposent quant au sens du mot châtement. La légitimité du châtement en tant que principe de détermination de la peine a souvent été mise en doute en raison de l'assimilation malheureuse de ce mot au mot «vengeance» dans le langage populaire. Voir, par ex., les arrêts *R. c. Hinch and Salanski*, précité, aux pp. 43 et 44; *R. c. Calder* (1956), 114 C.C.C. 155 (C.A. Man.), à la p. 161. Toutefois, il devrait ressortir clairement de l'examen que je viens de faire que le châtement a peu à voir avec la vengeance, et j'attribue à cette confusion une large part des critiques formulées contre le châtement en tant que principe. Comme l'ont signalé des universitaires et d'autres commentateurs judiciaires, la vengeance n'a aucun rôle à jouer dans un système civilisé de détermination de la peine. Voir Ruby, *Sentencing*, *op. cit.*, à la p. 13. La vengeance, si je comprends bien, est un acte préjudiciable et non mesuré qu'un individu inflige à une autre personne, fréquemment sous le coup de l'émotion et de la colère, à titre de représailles pour un préjudice qu'il a lui-même subi aux mains de cette personne. En contexte criminel, par contraste, le châti-

offender, and the normative character of the offender's conduct. Furthermore, unlike vengeance, retribution incorporates a principle of restraint; retribution requires the imposition of a just and appropriate punishment, and nothing more. As R. Cross has noted in *The English Sentencing System* (2nd ed. 1975), at p. 121: "The retributivist insists that the punishment must not be disproportionate to the offender's deserts."

ment se traduit par la détermination objective, raisonnée et mesurée d'une peine appropriée, reflétant adéquatement la culpabilité morale du délinquant, compte tenu des risques pris intentionnellement par le contrevenant, du préjudice qu'il a causé en conséquence et du caractère normatif de sa conduite. De plus, contrairement à la vengeance, le châtiment intègre un principe de modération; en effet, le châtiment exige l'application d'une peine juste et appropriée, rien de plus. Comme R. Cross l'a fait remarquer dans *The English Sentencing System* (2^e éd. 1975), à la p. 121: [TRADUCTION] «Les rétributivistes insistent sur le fait que la peine ne doit pas être disproportionnée avec le dû du contrevenant.»

81

Retribution, as well, should be conceptually distinguished from its legitimate sibling, denunciation. Retribution requires that a judicial sentence properly reflect the moral blameworthiness of that particular offender. The objective of denunciation mandates that a sentence should also communicate society's condemnation of that particular offender's conduct. In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values as enshrined within our substantive criminal law. As Lord Justice Lawton stated in *R. v. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74, at p. 77: "society, through the courts, must show its abhorrence of particular types of crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass". The relevance of both retribution and denunciation as goals of sentencing underscores that our criminal justice system is not simply a vast system of negative penalties designed to prevent objectively harmful conduct by increasing the cost the offender must bear in committing an enumerated offence. Our criminal law is also a system of values. A sentence which expresses denunciation is simply the means by which these values are communicated. In short, in addition to attaching negative consequences to undesirable behaviour, judicial sentences should also be imposed in a manner which positively

Il convient également de faire une distinction, sur le plan conceptuel, entre le châtiment et sa sœur légitime, la réprobation. Le châtiment exige que la peine infligée par le tribunal reflète adéquatement la culpabilité morale du contrevenant visé. Pour sa part, l'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. Comme l'a dit le lord juge Lawton dans *R. c. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74, à la p. 77: [TRADUCTION] «la société doit, par l'entremise des tribunaux, communiquer sa répulsion à l'égard de certains crimes, et les peines qu'ils infligent sont le seul moyen qu'ont les tribunaux de transmettre ce message». La pertinence du châtiment et de la réprobation en tant qu'objectifs de la détermination de la peine fait bien ressortir que notre système de justice pénale n'est pas simplement un vaste régime de sanctions négatives visant à empêcher les conduites objectivement préjudiciables en haussant le coût que doit supporter le contrevenant qui commet une infraction énumérée. Notre droit criminel est également un système de valeurs. La peine qui exprime la réprobation de la société est uniquement le moyen par lequel ces valeurs sont communiquées. En résumé, en plus d'attacher des conséquences néga-

instills the basic set of communal values shared by all Canadians as expressed by the *Criminal Code*.

As a closing note to this discussion, it is important to stress that neither retribution nor denunciation alone provides an exhaustive justification for the imposition of criminal sanctions. Rather, in our system of justice, normative and utilitarian considerations operate in conjunction with one another to provide a coherent justification for criminal punishment. As Gonthier J. emphasized in *Goltz*, *supra*, at p. 502, the goals of the penal sanction are both “broad and varied”. Accordingly, the meaning of retribution must be considered in conjunction with the other legitimate objectives of sentencing, which include (but are not limited to) deterrence, denunciation, rehabilitation and the protection of society. Indeed, it is difficult to perfectly separate these interrelated principles. And as La Forest J. emphasized in *Lyons*, the relative weight and importance of these multiple factors will frequently vary depending on the nature of the crime and the circumstances of the offender. In the final analysis, the overarching duty of a sentencing judge is to draw upon all the legitimate principles of sentencing to determine a “just and appropriate” sentence which reflects the gravity of the offence committed and the moral blameworthiness of the offender.

C. *Did the Court of Appeal err in holding that the Crown was obligated to bring dangerous offender proceedings?*

As a third ground of appeal, the Crown submits that the majority of the Court of Appeal erred by stating that the Crown had an obligation to bring dangerous offender proceedings under Part XXIV of the *Criminal Code* against the respondent. The relevant passage of the judgment of Wood J.A.

tives aux comportements indésirables, les peines infligées par les tribunaux devraient également être infligées d’une manière propre à enseigner de manière positive la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l’ensemble des Canadiens et des Canadiennes et qui sont exprimées par le *Code criminel*.

En guise d’observations finales dans le cadre du présent examen, il importe de souligner que ni le châtement ni la réprobation uniquement ne justifient complètement l’application de sanctions pénales. Au contraire, dans notre système de justice, des considérations normatives et utilitaristes opèrent conjointement pour donner une justification cohérente des sanctions pénales. Comme l’a signalé le juge Gonthier dans *R. c. Goltz*, précité, à la p. 502, les objectifs visés par les sanctions pénales sont à la fois «généraux et divers». Par conséquent, il faut examiner le sens de l’objectif de châtement en corrélation avec les autres objectifs légitimes de la détermination de la peine, qui comprennent (notamment) la dissuasion, la réprobation, la réadaptation et la protection de la société. En effet, il est difficile de séparer nettement ces principes interreliés. Comme le juge La Forest l’a mentionné dans *Lyons*, l’importance et le poids relatifs de ces multiples facteurs varieront souvent selon la nature du crime et la situation du délinquant. En dernière analyse, le devoir général du juge qui inflige la peine est de faire appel à tous les principes légitimes de détermination afin de fixer une peine «juste et appropriée», qui reflète la gravité de l’infraction commise et la culpabilité morale du contrevenant.

C. *La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le ministère public avait l’obligation de présenter une demande pour faire déclarer l’intimé délinquant dangereux?*

Comme troisième moyen d’appel, le ministère public fait valoir que la majorité de la Cour d’appel a commis une erreur en statuant qu’il avait l’obligation de présenter une demande pour faire déclarer l’intimé délinquant dangereux en vertu de la partie XXIV du *Code criminel*. Le passage perti-

occurs in his discussion of the alleged justifications of the respondent's sentence, at p. 117:

The other utilitarian goal of sentencing which must be taken into account when sentence is passed is the rehabilitation of the offender. Very little was said about the appellant's rehabilitation by the trial judge, although as the second passage from his reasons indicates he clearly had it in mind. He was apparently of the view that an additional five years of parole supervision would add substantially to the rehabilitative value of the sentence he imposed. With respect, the appellant was 52 years of age when sentenced. If there was any realistic possibility that he would not be fully rehabilitated by the time he finished serving his parole from a twenty-year sentence, the Crown had an obligation to bring dangerous offender proceedings against him. No such proceedings were brought. [Emphasis added.]

In the course of its oral and written submissions, the Crown argued that the foregoing statement of Wood J.A. represented a serious intrusion upon an established domain of prosecutorial discretion in finding that the Crown was required to initiate dangerous offender proceedings in this instance. In support of its argument, the Crown drew attention to this Court's judgment in *Lyons*, at p. 348, which unambiguously recognized the importance of prosecutorial discretion in the imposition of dangerous offender proceedings under Part XXIV.

84 With respect, I believe that the Crown has profoundly misunderstood the remarks of Wood J.A. in this context. In contrast to the Crown, I would stress the conditional tone of the introductory clause of Wood J.A.'s remark ("If there was any realistic possibility . . ."). I do not interpret the foregoing passage as holding that the Crown was required to invoke dangerous offender proceedings in this case. Indeed, it would be quite odd for Wood J.A. to insist that the respondent ought to have been subjected to indefinite detention for dangerousness in the context of a larger judgment

ment des motifs du juge Wood figure dans son examen des justifications invoquées à l'égard de la peine infligée à l'intimé, à la p. 117:

[TRADUCTION] L'autre objectif utilitariste de la détermination de la peine qu'il faut prendre en considération lors du prononcé d'une peine est la réadaptation du délinquant. Le juge du procès a dit très peu de choses au sujet de la réadaptation de l'appelant, même s'il avait cette question à l'esprit, comme en témoigne le deuxième passage tiré de ses motifs. Il était apparemment d'avis que cinq années supplémentaires de libération conditionnelle surveillée accroîtraient considérablement l'effet de réadaptation de la peine qu'il imposait. En toute déférence, l'appelant était âgé de 52 ans lorsque la peine a été prononcée. S'il existait quelque réelle possibilité que l'appelant ne soit pas tout à fait réadapté au terme de sa période de période de libération conditionnelle fondée sur une peine d'emprisonnement de 20 ans, le ministère public avait l'obligation de présenter une demande en vue de le faire déclarer délinquant dangereux. Aucune demande de ce genre n'a été présentée. [Je souligne.]

Dans ses observations orales et écrites, le ministère public a prétendu que par la déclaration qui précède le juge Wood avait commis une intrusion grave dans un aspect établi du pouvoir discrétionnaire de la poursuite en concluant que le ministère public était tenu, en l'espèce, de présenter une demande visant à faire déclarer l'intimé délinquant dangereux. Au soutien de son argument, le ministère public a attiré l'attention sur l'arrêt de notre Cour dans *Lyons*, à la p. 348, qui reconnaît sans ambiguïté l'importance du pouvoir discrétionnaire du ministère public en ce qui concerne les demandes de déclaration de délinquant dangereux présentées en vertu de la partie XXIV.

En toute déférence, je crois que le ministère public a très mal interprété les remarques du juge Wood dans le présent contexte. Par contraste avec le ministère public, je soulignerais le ton conditionnel des premiers mots de la remarque du juge Wood («S'il existait quelque réelle possibilité . . .»). Je n'interprète pas le passage qui précède comme une conclusion que le ministère public avait l'obligation, en l'espèce, de présenter une demande en vue de faire déclarer l'intimé délinquant dangereux. De fait, il serait assez étrange que, dans le contexte plus large d'une déci-

in which he concluded that the fixed-term sentence of the respondent was overly harsh and ought to be significantly reduced. Rather, I understand the relevant passage as stating that given that the Crown has chosen not to invoke dangerous offender proceedings, there are limits to the ability of the sentencing judge to impose a long fixed-term sentence in light of the existence of the dangerous offenders regime. The meaning of the disputed passage is elucidated by the concurring remarks of Rowles J.A. on the implications of the existence of the dangerous offenders regime for the sentencing discretion of judges. As she stated, at pp. 125-26:

There is no dispute that one of the applicable sentencing principles which had to be considered by the trial judge in this case was the protection of society. Consideration of that principle generally arises in the case of violent offenders, but its application is not to be used as an expedient alternative to dangerous offender proceedings which may be taken by the Crown under Pt. XXIV of the Criminal Code. . . . Part XXIV of the Code provides for some procedural and substantive safeguards which are not part of the usual sentencing process. The wisdom of having such safeguards cannot, I think, be seriously questioned, considering the substantial body of literature on the problems and complexities of predicting dangerousness over the long term. . . .

As Mr. Justice Wood has pointed out, dangerous offender proceedings were not brought by the Crown in this case, and no determination was made by the trial judge that an isolative sentence beyond 20 years was required for the protection of society. [Emphasis added.]

In short, I interpret the position of the majority of the Court of Appeal to be that since the Crown did not pursue dangerous offender proceedings in this instance, the sentencing judge should not have imposed a lengthy term of imprisonment moti-

sion où il a conclu que la peine d'une durée déterminée infligée à l'intimé était excessivement sévère et devait être réduite considérablement, le juge Wood insiste sur le fait que l'intimé aurait dû être assujéti à une période de détention indéterminée pour cause de dangerosité. Au contraire, je considère que le passage pertinent indique que, comme le ministère public a choisi de ne pas présenter de demande de déclaration de délinquant dangereux, il existe des limites à la capacité du juge chargé de la détermination de la peine d'infliger une longue peine d'une durée déterminée, vu l'existence du régime applicable aux délinquants dangereux. Le sens du passage litigieux est élucidé par les remarques concordantes du juge Rowles quant aux répercussions de l'existence du régime applicable aux délinquants dangereux sur le pouvoir discrétionnaire des juges en matière de détermination de la peine. Voici ce qu'elle a déclaré, aux pp. 125 et 126:

[TRADUCTION] Il n'est pas contesté que l'un des principes applicables à la détermination de la peine que le juge du procès devait prendre en considération en l'espèce était la protection de la société. La prise en considération de ce principe a lieu en général dans le cas des contrevenants violents, mais son application ne doit pas être utilisée comme un expédient à la place de la demande qui peut être présentée par le ministère public en vertu de la partie XXIV du Code criminel en vue de faire déclarer un contrevenant délinquant dangereux. [. . .] La partie XXIV du Code prévoit des garanties substantielles et procédurales qui ne font pas partie du mécanisme habituel de détermination de la peine. La sagesse qu'illustre le fait d'avoir de telles garanties ne peut pas, selon moi, être sérieusement mise en doute, compte tenu de l'abondance de la littérature sur les problèmes et les difficultés que soulève la prédiction de la dangerosité à long terme d'un individu. . . .

Comme le juge Wood l'a indiqué, aucune demande de déclaration de délinquant dangereux n'a été présentée par le ministère public en l'espèce, et le juge du procès n'a pas statué que la protection de la société exigeait le prononcé d'une peine d'emprisonnement de plus de 20 ans. [Je souligne.]

En bref, selon moi, la majorité de la Cour d'appel considère que, comme le ministère public n'a pas présenté en l'espèce de demande de déclaration de délinquant dangereux, le juge chargé de la détermination de la peine n'aurait pas dû imposer une

vated principally by the dangerousness of the respondent and the protection of society which obviated the substantive and procedural protections of Part XXIV of the *Code*.

85

As such, I find that this ground of appeal, as originally framed by the Crown, must fail. The comments of Wood J.A., interpreted in light of the parallel comments of Rowles J.A., did not hold that the Crown was obliged to pursue dangerous offender proceedings against the respondent.

86

The comments of the Court of Appeal, however, raise important questions concerning the relationship between a trial judge's traditional sentencing discretion and the statutory regime for dangerous offenders created under Part XXIV of the *Criminal Code*. More specifically, Wood J.A. and Rowles J.A. identify issues relating to the sentencing responsibility of judges where the Crown has declined to pursue dangerous offender proceedings. In *Lyons*, *supra*, I was in substantial agreement with the majority judgment of La Forest J. that there may indeed be circumstances where a life sentence, motivated in large part by the dangerousness of the offender, may be undesirable in light of Parliament's creation of a separate and distinct dangerous offenders regime. Prior to *Lyons*, a number of appellate court decisions, most notably *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145 (Ont. C.A.), *aff'd* [1977] 1 S.C.R. 827, had suggested that a trial judge should exercise his or her discretion to impose a sentence of life imprisonment (if available) when faced with a patently dangerous offender who enjoys no prospects for rehabilitation. As Jessup J.A. expressed the sentencing principle in *Hill*, at p. 147:

longue période d'emprisonnement qui était motivée principalement par le caractère dangereux de l'intimé et la protection de la société, et permettait d'obvier aux garanties substantielles et procédurales prévues à la partie XXIV du *Code*.

En conséquence, je conclus que ce moyen d'appel, ainsi qu'il a été présenté à l'origine par le ministère public, doit être rejeté. Les remarques du juge Wood, interprétées à la lumière des remarques parallèles du juge Rowles, n'indiquaient pas que le ministère public était obligé de présenter une demande en vue de faire déclarer l'intimé délinquant dangereux.

Cependant, les remarques de la Cour d'appel soulèvent des questions importantes en ce qui concerne les rapports entre le pouvoir discrétionnaire traditionnel du juge du procès en matière de détermination de la peine et le régime législatif applicable aux délinquants dangereux qui est créé par la partie XXIV du *Code criminel*. Plus précisément, les juges Wood et Rowles soulignent certaines questions touchant la responsabilité des juges en matière de détermination de la peine dans les cas où le ministère public ne présente pas de demande visant à faire déclarer le contrevenant délinquant dangereux. Dans *Lyons*, précité, j'étais essentiellement d'accord avec le jugement de la majorité, rendu par le juge La Forest, pour dire qu'il peut y avoir en effet des circonstances où une peine d'emprisonnement à perpétuité, motivée dans une large mesure par la dangerosité du délinquant, peut ne pas être souhaitable, compte tenu du fait que le législateur fédéral a créé un régime distinct en ce qui concerne les délinquants dangereux. Avant l'arrêt *Lyons*, un certain nombre de décisions de tribunaux d'appel, notamment *R. c. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145 (C.A. Ont.), *conf. par* [1977] 1 R.C.S. 827, avaient indiqué que le juge du procès devait exercer son pouvoir discrétionnaire et infliger l'emprisonnement à perpétuité (si cette peine était prévue) lorsqu'il se trouvait en présence d'un contrevenant manifestement dangereux n'offrant aucune perspective de réadaptation. Le juge Jessup a formulé ainsi le principe applicable de détermination de la peine dans l'arrêt *Hill*, à la p. 147:

When an accused has been convicted of a serious crime in itself calling for a substantial sentence and when he suffers from some mental or personality disorder rendering him a danger to the community but not subjecting him to confinement in a mental institution and when it is uncertain when, if ever, the accused will be cured of his affliction, in my opinion the appropriate sentence is one of life. [Emphasis added.]

Pursuant to this principle, the Court of Appeal increased a sentence of 12 years for an aggravated rape to one of life imprisonment. See, similarly, *R. v. Hastings* (1985), 58 A.R. 108 (C.A.), at pp. 111-12; *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176 (Alta. C.A.), at pp. 191-92; *R. v. Pontello* (1977), 38 C.C.C. (2d) 262 (Ont. C.A.), at pp. 268-69; *R. v. Haig* (1974), 26 C.R.N.S. 247 (Ont. C.A.), at pp. 247-48. In *Lyons*, however, this Court cast serious doubt on the continuing validity of the *Hill* principle. As La Forest J. stated, at pp. 330-31:

It is true that the *Hill* principle, which amounts to judge-made dangerous offender law, has clearly been limited by subsequent decisions. However, the basis of the retrenchment has not been a rejection of the principle of indeterminate detention for dangerous offenders. Rather, it has been the concern that the *Hill* principle not be used to circumvent the provisions of Part XXI [now Part XXIV] with its attendant safeguards for the offender. [Emphasis added.]

In my view, however, the *Hill* principle is not implicated by this appeal. Upon a close examination of the reasons of decision of both Wood J.A. and Rowles J.A., I am satisfied that their joint comments on the relationship between fixed terms of imprisonment and the dangerous offenders regime did not substantially contribute to their mutual decision to reduce the sentence of the respondent to 18 years and 8 months. Therefore, similar to my conclusion in relation to Wood J.A.'s remarks on retribution as a principle of sentencing, I hold that the remarks of both appellate judges on this issue did not amount to a reversible error. Furthermore, in my scrutiny of the reasons of decision of the sentencing judge, I find no evidence that

[TRADUCTION] Lorsqu'un accusé qui est déclaré coupable d'un crime grave commandant en soi une lourde peine souffre de troubles psychiques ou de personnalité qui le rend dangereux pour la collectivité, sans pour autant nécessiter qu'il soit interné dans un hôpital psychiatrique, et lorsqu'on n'est pas certain si l'accusé guérira de sa maladie ou à quel moment cela se produira, à mon avis la peine qui s'impose est l'emprisonnement à perpétuité. [Je souligne.]

Conformément à ce principe, la Cour d'appel a haussé à l'emprisonnement à perpétuité la peine initiale de 12 ans qui avait été infligée pour viol avec circonstances aggravantes. Voir, au même effet, *R. c. Hastings* (1985), 58 A.R. 108 (C.A.), aux pp. 111 et 112; *R. c. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176 (C.A. Alb.), aux pp. 191 et 192; *R. c. Pontello* (1977), 38 C.C.C. (2d) 262 (C.A. Ont.), aux pp. 268 et 269; *R. c. Haig* (1974), 26 C.R.N.S. 247 (C.A. Ont.), aux pp. 247 et 248. Dans *Lyons*, cependant, notre Cour a exprimé des doutes sérieux au sujet de la validité actuelle du principe énoncé dans *Hill*. Comme l'a affirmé le juge La Forest, aux pp. 330 et 331:

Il est vrai que la portée du principe énoncé dans l'arrêt *Hill*, qui constitue du droit prétorien relatif aux délinquants dangereux, a clairement été restreinte par la jurisprudence subséquente. Cependant, loin de reposer sur un rejet du principe de la détention pour une durée indéterminée des délinquants dangereux, cette restriction a pour fondement le souci de veiller à ce que le principe de l'arrêt *Hill* ne soit pas utilisé pour contourner la partie XXI [maintenant la partie XXIV] et ses garanties concomitantes en faveur des délinquants. [Je souligne.]

À mon avis, toutefois, le principe énoncé dans l'arrêt *Hill* n'est pas en jeu dans le présent pourvoi. Après un examen attentif des motifs du juge Wood et de ceux du juge Rowles, je suis convaincu que leurs remarques conjointes concernant les rapports entre les peines d'emprisonnement d'une durée déterminée et le régime applicable aux délinquants dangereux n'a pas contribué de façon importante à leur décision mutuelle de réduire la peine de l'intimé à 18 ans et 8 mois. Par conséquent, je conclus, tout comme je l'ai fait relativement aux remarques du juge Wood sur le châtement en tant que principe de détermination de la peine, que les remarques des deux juges de la Cour d'appel sur cette question n'équivalent pas à une erreur justi-

Filmer Prov. Ct. J. relied principally or even substantially on the dangerousness of the offender in justifying his imposition of a 25-year term of imprisonment. Accordingly, for the purposes of this appeal, it is unnecessary to address the question of whether there are circumstances where a stringent fixed-term sentence (as opposed to a life sentence) motivated almost exclusively by the acute dangerousness of the offender may inappropriately circumvent the substantive and procedural protections of Part XXIV of the *Criminal Code*. That question is best left for another day.

D. *Did the Court of Appeal err in reducing the sentence from 25 years to 18 years and 8 months?*

88

In addition to relying on the sentencing principles it had developed in *Rooke* and *D. (G.W.)*, the Court of Appeal also justified its reduction of the respondent's sentence on the grounds of fitness. More specifically, the Court of Appeal concluded that the sentence of 25 years imposed by the sentencing judge ought to be reduced as it was "unfit" under the circumstances. Accordingly, the Court of Appeal exercised its power of review under s. 687(1) of the *Code* to vary the sentence of the respondent from 25 years to 18 and 8 months, incorporating credit for time served in custody.

89

In *Shropshire, supra*, this Court recently articulated the appropriate standard of review that a court of appeal should adopt in reviewing the fitness of sentence under s. 687(1). In the context of reviewing the fitness of an order of parole ineligibility, Iacobucci J. described the standard of review as follows, at para. 46:

An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective

fiant annulation. De plus, je n'ai trouvé aucun élément établissant que le juge Filmer s'est fondé principalement ou même en grande partie sur la dangerosité du délinquant pour justifier la peine d'emprisonnement de 25 ans qu'il lui a infligée. Par conséquent, il n'y a pas lieu, pour les fins du présent pourvoi, d'aborder la question de savoir s'il existe des circonstances dans lesquelles une peine sévère d'une durée déterminée (par opposition à une peine d'emprisonnement à perpétuité), motivée presque exclusivement par la dangerosité extrême du délinquant, aurait pour effet de contourner de façon inappropriée les garanties substantielles et procédurales prévues par la partie XXIV du *Code criminel*. Il est préférable d'attendre une autre occasion pour examiner cette question.

D. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant la peine d'emprisonnement de 25 ans à 18 ans et 8 mois?*

En plus de s'appuyer sur les principes de détermination de la peine qu'elle avait établis dans les arrêts *Rooke* et *D. (G.W.)*, la Cour d'appel a également invoqué la question de la justesse de la peine pour justifier sa décision de réduire la peine de l'intimé. De façon plus particulière, la Cour d'appel a conclu que la peine de 25 ans infligée par le juge chargé de la détermination de la peine devait être réduite, car elle n'était [TRADUCTION] «pas indiquée» dans les circonstances. En conséquence, la Cour d'appel a exercé le pouvoir de contrôle que lui accorde le par. 687(1) du *Code* et réduit la peine de l'intimé de 25 ans à 18 ans et 8 mois, soustraction faite du temps passé en détention.

Dans *Shropshire, précité*, notre Cour a formulé récemment la norme de contrôle appropriée qu'une cour d'appel doit appliquer pour examiner la justesse d'une peine en vertu du par. 687(1). Dans le cadre du contrôle de la justesse d'une ordonnance d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, le juge Iacobucci a décrit ainsi cette norme de contrôle, au par. 46:

Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation

process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable. [Emphasis added.]

As my learned colleague noted, this standard of review traces part of its lineage to the jurisprudence of the British Columbia Court of Appeal. As Bull J.A. described the nature of a trial judge's sentencing discretion in *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193, at p. 197:

... the matter is clearly one of discretion and unless patently wrong, or wrong principles applied, or correct principles applied erroneously, or proper factors ignored or overstressed, an appellate Court should be careful not to interfere with the exercise of that discretion of a trial Judge.

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*. As s. 717(1) reads:

717. (1) Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts the person who commits the offence. [Emphasis added.]

This deferential standard of review has profound functional justifications. As Iacobucci J. explained in *Shropshire*, at para. 46, where the sentencing

d'une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; le juge du procès a l'avantage d'avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d'appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable. [Je souligne.]

Comme mon collègue l'a fait remarquer, les origines de cette norme de contrôle remontent en partie à la jurisprudence de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le juge Bull a décrit ainsi la nature du pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de détermination de la peine, dans *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193, à la p. 197:

[TRADUCTION] ... il s'agit nettement d'une question relevant de l'application du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et à moins que ce pouvoir ait été appliqué de façon manifestement erronée, que des principes erronés ou manifestement erronés aient été appliqués, que des principes appropriés aient été appliqués erronément, qu'on n'ait pas tenu compte de facteurs appropriés ou au contraire qu'on ait insisté exagérément sur de tels facteurs, une cour d'appel devrait prendre soin de ne pas intervenir dans l'exercice de ce pouvoir.

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du Code criminel et l'importance de celle-ci. Comme le prévoit le par. 717(1):

717. (1) Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à imposer est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discretion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction. [Je souligne.]

Cette norme de contrôle, qui appelle à la retenue, a de profondes justifications fonctionnelles. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, au par. 46

judge has had the benefit of presiding over the trial of the offender, he or she will have had the comparative advantage of having seen and heard the witnesses to the crime. But in the absence of a full trial, where the offender has pleaded guilty to an offence and the sentencing judge has only enjoyed the benefit of oral and written sentencing submissions (as was the case in both *Shropshire* and this instance), the argument in favour of deference remains compelling. A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the consequences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly.

de l'arrêt *Shropshire*, lorsque le juge qui inflige la peine a eu l'avantage de présider le procès du délinquant, il a alors profité de l'avantage comparatif d'avoir vu et entendu les témoins du crime. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas procès complet, dans les cas où le contrevenant a plaidé coupable à une infraction et où le juge chargé de la détermination de la peine n'a bénéficié que d'observations orales et écrites sur cette question (comme ce fut le cas dans l'arrêt *Shropshire* et en l'espèce), les arguments appelant à la retenue restent convaincants. Le juge qui inflige la peine jouit d'un autre avantage par rapport au juge d'appel en ce qu'il peut apprécier directement les observations présentées par le ministère public et le contrevenant relativement à la détermination de la peine. Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera «juste et appropriée» pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine.

92

Appellate courts, of course, serve an important function in reviewing and minimizing the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada. See, e.g., *R. v. Knife* (1982), 16 Sask. R. 40 (C.A.), at p. 43; *R. v. Wood* (1979), 21 Crim. L.Q. 423 (Ont. C.A.), at p. 424; *R. v. Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472 (Alta. C.A.), at p. 485; *R. v. Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307 (Sask. C.A.), at pp. 311-12; *R. v. Baldhead*,

Il va de soi que les cours d'appel jouent un rôle important en contrôlant et en réduisant au minimum la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada. Voir, par ex., *R. c. Knife* (1982), 16 Sask. R. 40 (C.A.), à la p. 43; *R. c. Wood* (1979), 21 Crim. L.Q. 423 (C.A. Ont.), à la p. 424; *R. c. Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472 (C.A. Alb.), à la p. 485; *R. c. Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307

[1966] 4 C.C.C. 183 (Sask. C.A.), at p. 187. But in exercising this role, courts of appeal must still exercise a margin of deference before intervening in the specialized discretion that Parliament has explicitly vested in sentencing judges. It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. See *Mellstrom, Morrisette and Baldhead*. Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country, as the "just and appropriate" mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred. For these reasons, consistent with the general standard of review we articulated in *Shropshire*, I believe that a court of appeal should only intervene to minimize the disparity of sentences where the sentence imposed by the trial judge is in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes.

In the case at hand, the majority of the Court of Appeal reduced the sentence of the respondent primarily as a result of the framework of sentencing principles the court inherited from the previous cases of *Rooke* and *D. (G.W.)*, *supra*. As I have argued previously, I believe that this framework was incorrect in law. But the Court of Appeal also justified its reduction of sentence with reference to a contextual application of the accepted principles of sentencing to this case. More specifically, the majority concluded that the goals of deterrence and denunciation do not support a sentence of 25 years in this case, because both of these sentencing goals experience sharply diminishing returns following 20 years. On the subject of deterrence, Wood J.A.

(C.A. Sask.), aux pp. 311 et 312; *R. c. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183 (C.A. Sask.), à la p. 187. Toutefois, dans l'exercice de ce rôle, les cours d'appel doivent néanmoins faire montre d'une certaine retenue avant d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire spécialisé que le législateur fédéral a expressément accordé aux juges chargés de déterminer les peines. On a à maintes reprises souligné qu'il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné. Voir les affaires *Mellstrom, Morrisette et Baldhead*. La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d'une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De même, il faut s'attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu'à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent. Pour ces motifs, conformément à la norme générale de contrôle que nous avons formulée dans *Shropshire*, je crois qu'une cour d'appel ne devrait intervenir afin de réduire au minimum la disparité entre les peines que dans les cas où la peine infligée par le juge du procès s'écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires.

En l'espèce, la majorité de la Cour d'appel a réduit la peine de l'intimé principalement par l'application de l'ensemble des principes de détermination de la peine qu'elle a hérités des arrêts antérieurs *Rooke* et *D. (G.W.)*, précités. Comme je l'ai affirmé précédemment, je crois que cet ensemble de principes était incorrect en droit. Cependant, la Cour d'appel a également justifié la réduction de la peine en se référant à une application contextuelle à la présente affaire des principes reconnus de détermination de la peine. Plus précisément, la majorité a conclu que les objectifs de dissuasion et de réprobation ne justifient pas l'application d'une peine de 25 ans en l'espèce, parce que l'efficacité de ces deux objectifs de la détermination de la

pointed to the empirical studies he outlined in his concurring judgment in *Sweeney, supra*, which question the deterrent effect of criminal sanctions. The majority also concluded that the protection of society would not be advanced by such a sentence; as Wood J.A. argued, as a result of the parole eligibility rules, an increase of sentence of 5 years to 25 years is potentially limited to an additional 4 months of imprisonment.

94 With the greatest respect, I believe the Court of Appeal erred in this instance by engaging in an overly interventionist mode of appellate review of the "fitness" of sentence which transcended the standard of deference we articulated in *Shropshire*. Notwithstanding the existence of some empirical studies which question the general deterrent effect of sentencing, it was open for the sentencing judge to reasonably conclude that the particular blend of sentencing goals, ranging from specific and general deterrence, denunciation and rehabilitation to the protection of society, required a sentence of 25 years in this instance. Moreover, on the facts, the sentencing judge was entitled to find that an overall term of imprisonment of 25 years represented a "just sanction" for the crimes of the respondent.

95 The respondent committed a vile pattern of physical and sexual abuse against the very children he was entrusted to protect. The degree of violence exhibited in these crimes was disturbingly high, and the respondent's children will undoubtedly be scarred for life. The psychiatrist and psychologist who examined the respondent agree that he faces dim prospects of rehabilitation. Without doubt, the respondent deserves a severe sentence which expresses the society's revulsion at his crimes.

96 After taking into account all the circumstances of the offence, the trial judge sentenced the respon-

peine diminue nettement passée la barre des 20 ans. Au sujet de la dissuasion, le juge Wood a fait état des études empiriques qu'il avait signalées dans ses motifs concordants dans *Sweeney*, précité, et qui mettent en doute l'effet dissuasif des sanctions pénales. La majorité a également conclu qu'une telle peine ne favorisait pas la protection de la société; comme l'a avancé le juge Wood, en raison des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle, le fait de majorer la peine de 5 ans pour la faire passer à 25 ans pourrait ne se traduire seulement que par quatre mois supplémentaires d'emprisonnement.

En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en l'espèce en s'engageant dans un processus trop interventionniste de contrôle judiciaire en appel de la «justesse» de la peine, processus qui a dépassé la norme de retenue que nous avons formulée dans l'arrêt *Shropshire*. Malgré l'existence de certaines études empiriques mettant en doute l'effet dissuasif général de la détermination de la peine, il était loisible au juge chargé de la détermination de la peine de conclure raisonnablement que la combinaison requise d'objectifs de la détermination de la peine, allant de la dissuasion spécifique et générale à la protection de la société, en passant par la réprobation et la réadaptation, exigeait, en l'espèce, une peine d'emprisonnement de 25 ans. En outre, à la lumière des faits, le juge chargé de la détermination de la peine pouvait conclure qu'une période totale de 25 ans d'emprisonnement constituait une «sanction juste» pour les crimes de l'intimé.

L'intimé a commis de façon systématique des sévices d'ordre physique et sexuel abominables contre les enfants mêmes qu'il avait la charge de protéger. Le degré de violence de ces crimes est troublant, et il ne fait aucun doute que les enfants de l'intimé resteront marqués pour la vie. Le psychiatre et le psychologue qui ont examiné l'intimé s'accordent pour dire qu'il présente de faibles perspectives de réadaptation. Il ne fait aucun doute que l'intimé mérite une peine sévère, exprimant la répulsion que ses crimes inspirent à la société.

Après avoir tenu compte de toutes les circonstances de l'infraction, le juge du procès a con-

dent to 25 years' imprisonment. In imposing that term of imprisonment, Filmer Prov. Ct. J. was at liberty to incorporate credit for time served in custody pursuant to s. 721(3) of the *Code*, but chose not to. I see no reason to believe that the sentencing order of Filmer Prov. Ct. J. was demonstrably unfit.

VI. Costs

Finally, the respondent has filed a request for costs on a solicitor-client basis under this Court's discretionary authority under s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. We have previously acknowledged that this discretionary power extends to making an order for costs in a criminal case, including both summary conviction matters (*R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304 (costs denied)) and indictable matters (*Olan v. The Queen*, No. 14000, October 11, 1977 (costs allowed)). But the prevailing convention of criminal practice is that whether the criminal defendant is successful or unsuccessful on the merits of the case, he or she is generally not entitled to costs. See *Berry v. British Transport Commission*, [1962] 1 Q.B. 306 (C.A.), at p. 326, *per* Devlin L.C.J. The *Criminal Code* codifies this convention as a matter of appellate practice before provincial courts of appeal in cases involving indictable offences. See s. 683(3) of the *Code*, but see s. 839(3) regarding summary conviction cases. Consistent with this established convention, in *Trask*, we denied costs under s. 47 to a criminal defendant following a successful appeal of a summary conviction matter, as there was nothing "remarkable" about the defendant's case, nor was there any "oppressive or improper conduct" alleged against the Crown (at pp. 307-8).

Since I would allow the Crown's appeal in light of the errors committed by the British Columbia Court of Appeal, and since I similarly fail to find anything "remarkable" about this case warranting

damné l'intimé à une peine d'emprisonnement de 25 ans. En fixant cette durée d'emprisonnement, le juge Filmer était libre d'en soustraire, conformément au par. 721(3) du *Code*, le temps déjà passé en détention, mais il a choisi de ne pas le faire. Je ne vois aucune raison de penser que l'ordonnance du juge Filmer fixant la peine n'était manifestement pas indiquée.

VI. Dépens

Enfin, l'intimé a déposé une requête en vue d'obtenir le paiement des dépens entre avocat et client en vertu du pouvoir discrétionnaire conféré à notre Cour par l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Nous avons déjà reconnu que ce pouvoir discrétionnaire permet de rendre une ordonnance relative aux dépens dans les affaires criminelles, tant en matière de déclaration de culpabilité par procédure sommaire (*R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304 (dépens refusés)) qu'en matière de déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation (*Olan c. La Reine*, n° 14000, 11 octobre 1977 (dépens accordés)). Toutefois, selon la convention courante en matière de pratique pénale, que le défendeur obtienne ou non gain de cause sur le fond, il n'a généralement pas droit aux dépens. Voir *Berry c. British Transport Commission*, [1962] 1 Q.B. 306 (C.A.), à la p. 326, le lord juge en chef Devlin. Le *Code criminel* a codifié cette convention et en a fait une pratique dans les appels formés devant les cours d'appel provinciales en matière d'actes criminels. Voir le par. 683(3) du *Code*, mais aussi le par. 839(3) en ce qui concerne les poursuites sommaires. Conformément à cette convention établie, nous avons, dans l'arrêt *Trask*, refusé d'accorder les dépens en vertu de l'art. 47 à un défendeur qui avait obtenu gain de cause en appel dans une affaire criminelle concernant une déclaration sommaire de culpabilité, car le cas du défendeur ne soulevait rien d'«exceptionnel», et on n'alléguait pas que le ministère public «s[']était] conduit de façon oppressive et injuste» (aux pp. 307 et 308).

Comme je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public à la lumière des erreurs commises par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et comme je ne vois dans la présente affaire rien

an order for costs against the Crown, I would deny the respondent's request.

VII. Disposition

99

For the foregoing reasons, I find that the British Columbia Court of Appeal erred in law in reducing the respondent's sentence through its application of sentencing principles and through its standard of review for reviewing the fitness of sentence. I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and restore the trial judge's sentence of 25 years which commenced to run as of February 8, 1993.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Peck, Tammen, Bennett, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

d'«exceptionnel» justifiant de rendre une ordonnance condamnant le ministère public à payer les dépens, je suis d'avis de rejeter la requête de l'intimé.

VII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit lorsqu'elle a réduit la peine de l'intimé en appliquant les principes de détermination de la peine et sa norme de contrôle de la justesse de la peine. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la peine de 25 ans infligée par le juge du procès, qui a commencé à être purgée le 8 février 1993.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Peck, Tammen, Bennett, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Ruby & Edwardh, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1996 Vol. 1

4^e cahier, 1996 Vol. 1

Cited as [1996] 1 S.C.R. 571-770

Renvoi [1996] 1 R.C.S. 571-770

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Gould v. Yukon Order of Pioneers 571

Civil rights — Discrimination — Services to the public — Woman denied membership in fraternal order because she was female — Fraternal order collecting and preserving historical materials — Materials made available to public — Whether order "offering or providing services . . . to the public" — Whether membership in order is itself a service offered to public — Whether refusal of membership to women constitutes prohibited discrimination — Human Rights Act, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11, ss. 8(a), (c), 10(1).

Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

Gould c. Yukon Order of Pioneers 571

Libertés publiques — Discrimination — Services au public — Refus d'un ordre fraternel d'accueillir une femme parmi ses membres parce qu'elle est une femme — Ordre fraternel se consacrant à la collecte et à la conservation de documents historiques — Documents mis à la disposition du public — Les activités de l'ordre sont-elles relatives «à l'offre ou à la fourniture au public de services»? — L'appartenance à l'ordre est-elle en soi un service offert au public? — Le refus d'admettre les femmes comme membres est-il un acte discriminatoire illégitime? — Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11, art. 8a), c), 10(1).

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Calder 660

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Trial judge excluding statement obtained from accused in violation of his right to counsel from Crown's case in chief — Crown later seeking to have statement admitted to impeach accused's testimony at trial — Whether change of circumstances justifies reconsideration of trial judge's earlier ruling that admission of the evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Lemky 757

Criminal law — *Mens rea* — Murder — Drunkenness — Evidence that accused drunk when victim shot — Jury not instructed on separate defence of want of intent to kill because too intoxicated to appreciate probable consequences of act — Threshold necessary to permit jury to consider reduction to lesser included offence — Whether jury should have been instructed on drunkenness as separate defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

R. v. McMaster 740

Criminal law — *Mens rea* — Drunkenness — Fatal assault — Second degree murder convictions — Trial judge finding accused persons had capacity to form intent notwithstanding their being drunk — Whether trial judge misdirecting himself on drunkenness — Whether evidence of intoxication should be considered in isolation from consideration of the overall issue of criminal intent — Whether trial judge misapprehended evidence concerning one accused so as to render his verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

R. v. Robinson..... 683

Criminal law — *Mens rea* — Murder — Drunkenness — Specific intent — How juries should be instructed regarding evidence of intoxication — Whether drunkenness must be at a level to render accused incapable of forming requisite intent or whether drunkenness can be considered in overall deliberation as to whether accused had necessary intent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a)(i), (ii), 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Calder 660

Droit constitutionnel — Charte des droits — Élément de preuve écarté — Le juge du procès a écarté de la preuve principale du ministère public une déclaration soutirée à l'accusé en contravention de son droit à l'assistance d'un avocat — Demande subséquente par le ministère public afin d'utiliser la déclaration pour attaquer le témoignage de l'accusé au procès — Le changement dans les circonstances justifie-t-il de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Lemky 757

Droit criminel — *Mens rea* — Meurtre — Ivresse — Preuve que l'accusé était ivre lorsqu'il a fait feu sur la victime — Jury n'ayant reçu aucune directive sur le moyen de défense distinct voulant qu'il y ait eu absence d'intention de tuer en raison d'un état d'ébriété trop avancé pour pouvoir apprécier les conséquences probables d'un acte — Critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour que le jury puisse examiner l'opportunité de rendre un verdict de culpabilité d'infraction moindre incluse — Le jury aurait-il dû recevoir des directives sur l'ivresse en tant que moyen de défense distinct? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

R. c. McMaster 740

Droit criminel — *Mens rea* — Ivresse — Voies de fait mortelles — Déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré — Conclusion du juge du procès que les accusés avaient la capacité de former l'intention en dépit de leur état d'ébriété — Le juge du procès s'est-il mal instruit du droit sur la question de l'ivresse? — La preuve d'intoxication devait-elle être examinée indépendamment de la question générale de l'intention criminelle? — Le juge du procès a-t-il mal interprété la preuve concernant l'un des accusés au point de rendre le verdict déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

R. c. Robinson..... 683

Droit criminel — *Mens rea* — Meurtre — Ivresse — Intention spécifique — Directives à donner au jury relativement à une preuve d'intoxication — L'ivresse doit-elle être de nature à rendre l'accusé incapable de former l'intention requise, ou peut-elle être prise en considération dans les délibérations générales relatives à la question de savoir si l'accusé avait l'intention nécessaire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229(a)(i), (ii), 686(1)(b)(iii).

**Yukon Human Rights Commission and
Madeleine Gould** *Appellants*

v.

**Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge
Number 1 and Walter Groner** *Respondents*

and

Yukon Status of Women Council *Intervener*

INDEXED AS: GOULD v. YUKON ORDER OF PIONEERS

File No.: 23584.

1995: October 3; 1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE
YUKON TERRITORY

Civil rights — Discrimination — Services to the public — Woman denied membership in fraternal order because she was female — Fraternal order collecting and preserving historical materials — Materials made available to public — Whether order “offering or providing services . . . to the public” — Whether membership in order is itself a service offered to public — Whether refusal of membership to women constitutes prohibited discrimination — Human Rights Act, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11, ss. 8(a), (c), 10(1).

Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal.

G applied for membership in the Yukon Order of Pioneers («Order»), a fraternal order whose primary objectives are social, historical and cultural, with its paramount concern being the welfare and well-being of its members. According to its constitution, the Order is dedicated to the advancement of the Yukon Territory, the mutual protection of its members, the uniting of these members in the strong tie of brotherhood, the preservation of the names of all Yukon Pioneers on its rolls and the collection and the preservation of the literature and incidents of Yukon's history. The historical materi-

**Commission des droits de la personne du
Yukon et Madeleine Gould** *Appelantes*

c.

**Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge
Number 1 et Walter Groner** *Intimés*

et

**Yukon Status of Women
Council** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: GOULD c. YUKON ORDER OF PIONEERS

N° du greffe: 23584.

1995: 3 octobre; 1996: 21 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE
DU YUKON

Libertés publiques — Discrimination — Services au public — Refus d'un ordre fraternel d'accueillir une femme parmi ses membres parce qu'elle est une femme — Ordre fraternel se consacrant à la collecte et à la conservation de documents historiques — Documents mis à la disposition du public — Les activités de l'ordre sont-elles relatives «à l'offre ou à la fourniture au public de services»? — L'appartenance à l'ordre est-elle en soi un service offert au public? — Le refus d'admettre les femmes comme membres est-il un acte discriminatoire illicite? — Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11, art. 8a), c), 10(1).

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne.

G a demandé à devenir membre du Yukon Order of Pioneers («l'Ordre»), un ordre fraternel se consacrant essentiellement à des activités sociales, historiques et culturelles axées en premier lieu sur le bien-être de ses membres. Aux termes de ses statuts constitutifs, l'Ordre est voué à l'avancement du territoire du Yukon, à la protection mutuelle de ses membres, à la formation entre eux de liens étroits de fraternité, à la conservation dans ses registres des noms de tous les pionniers du Yukon, ainsi qu'à la collecte et à la conservation de documents et d'anecdotes concernant l'histoire du Yukon. Les

als on the Order and its members collected by the Order are made available to the public. G's application for membership was denied on the ground that she was female. She filed a complaint with the Yukon Human Rights Commission. It was not disputed before the Board of Adjudication constituted by the Commission that the Order's action in rejecting the application amounted to discrimination on the basis of sex under s. 6(f) of the Yukon *Human Rights Act*. The Board found that in preserving and collecting the literature and incidents of Yukon's history, the Order was "offering or providing services . . . to the public" and concluded that the discrimination was thus prohibited under s. 8(a) of the Act and that s. 10(1) — an exemption clause — did not apply to the Order. The Supreme Court of the Yukon Territory set aside the Board's decision and the Court of Appeal upheld that judgment. Both courts found that G's exclusion from membership in the Order did not amount to prohibited discrimination under s. 8(a).

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: For the reasons given by La Forest J., the relevant standard of review in this case is correctness. Further, while courts customarily defer to tribunals, including human rights tribunals, on questions of fact, on the ground that these tribunals are situated and equipped to make such findings, where, as in this case, the issue is not the facts themselves but rather the inferences to be drawn from agreed facts, the policy considerations which ordinarily militate in favour of deference are significantly attenuated.

The need to approach human rights legislation purposively, giving it a fair, large and liberal interpretation with a view to advancing its objects, is well accepted, and it is also well established that the wording of the statute is an important part of this process. A true purposive approach looks at the wording of the statute itself, with a view to discerning and advancing the legislature's intent. Here, while it is evident that the Order's males-only membership policy contravenes s. 6(f) of the Yukon *Human Rights Act*, this discrimination is not prohibited by s. 8. When s. 8 is considered as a whole, it is apparent that the legislature in para. (c) has turned its mind to the question of membership as a category of prohibited discrimination. Membership is dealt with expressly and separately from "services, goods, or facil-

documents historiques concernant l'Ordre et ses membres ainsi recueillis sont mis à la disposition du public. La demande d'adhésion de G a été rejetée au motif qu'elle était une femme. Elle a déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne du Yukon. L'allégation que l'Ordre, en rejetant la demande, a commis un acte discriminatoire en raison du sexe au sens de l'al. 6f) de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, n'a pas été contestée devant le conseil d'arbitrage constitué par la Commission. Le conseil a estimé qu'en se livrant à la conservation et à la collecte de documents et d'anecdotes sur l'histoire du Yukon, l'Ordre fournissait ou offrait ainsi «des services au public»; il a conclu que cet acte discriminatoire était interdit par l'al. 8a) de la Loi et que le par. 10(1) — une clause d'exception — ne s'appliquait pas à l'Ordre. La Cour suprême du territoire du Yukon a annulé la décision du conseil et la Cour d'appel a confirmé ce jugement. Les deux cours ont estimé que le fait de refuser à G le statut de membre n'était pas un acte discriminatoire au sens de l'al. 8a).

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Pour les motifs exposés par le juge La Forest, la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. De plus, les cours de justice usent habituellement de retenue envers les tribunaux administratifs, dont les tribunaux des droits de la personne, sur des questions de fait, parce qu'ils sont bien placés et bien équipés pour tirer de telles conclusions; mais lorsque, comme en l'espèce, le litige ne porte pas sur les faits eux-mêmes mais plutôt sur les déductions qu'on peut tirer de faits admis, les considérations de principe qui militent ordinairement en faveur de la retenue sont sensiblement atténuées.

La nécessité d'examiner les lois en matière de droits de la personne en fonction de l'objet visé, en leur donnant une interprétation équitable, large et libérale propre à favoriser la réalisation de cet objet, est bien établie, et il est aussi bien établi que le texte de la loi joue un rôle important dans cette démarche. L'interprétation véritablement fondée sur l'objet visé prend en considération le texte même de la loi, afin de discerner l'intention du législateur et d'en favoriser la réalisation. En l'espèce, bien que la politique de l'Ordre consistant à n'accepter comme membres que des hommes contrevienne manifestement à l'al. 6f) de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, cette discrimination n'est pas interdite par l'art. 8. Si l'on examine l'art. 8 dans sa globalité, il appert que le législateur, à l'al. c), a prévu la question de

ities” in para. (a). Further, s. 8(c) forbids discrimination “in connection with any aspect of membership” in certain listed types of organizations. These organizations collectively deal with livelihood and economic relationships but not social or cultural ones. There might be a situation in which membership could constitute a service offered to the public, but s. 8(a) should not be read in a way that would deprive s. 8(c) of all meaning. Moreover, although s. 8(c) may itself be subject to a large and liberal interpretation, such that the types of organizations listed might be interpreted generously, it does not extend to the Order. If organizations are conceptualized as ranging across a spectrum from the purely economic to the purely social, the Order is close to the social end of that spectrum. Finally, since in this case the service offered to the public within the meaning of s. 8(a) is neither membership nor the collection process but rather the end product — namely, historical data or documents produced — and since this is provided to the public without discrimination, it follows that the appeal must be dismissed. It is unnecessary in this appeal to expand upon the principles set out in *Berg*, to consider the American constitutional jurisprudence, or to discuss s. 10 of the Act.

Per La Forest J.: The question of what constitutes “services . . . to the public” for the purposes of s. 8(a) of the Yukon *Human Rights Act* is a general question of law, one which an appellate court must review on the basis of correctness. The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law.

Human rights legislation should be given a broad, liberal and purposive approach to ensure that the underlying objects of the legislation are given full effect. Though the words of the statute must be interpreted generously, this does not permit rewriting the legislation. An interpretation of s. 8(a) should proceed in light of analogous provisions in the various human rights statutes in Canada and should be guided by the similar purpose underlying these provisions. These analogous provisions prohibit discrimination with respect to services that are offered to the public, or to which the public has access or to which it is admitted. To attract the anti-discrimination prohibition, a service must thus create a public relationship between the service provider and the

l'appartenance comme catégorie de pratique discriminatoire illicite. Il traite de l'appartenance expressément et séparément des «services, [. . .] biens ou [. . .] installations» de l'al. a). De plus, l'al. 8c) interdit la discrimination «relativement à toute condition d'appartenance» à certains types d'organismes qui sont énumérés. Il s'agit d'organismes voués collectivement aux relations relevant du domaine de l'économie et des moyens de subsistance, mais non aux relations sociales ou culturelles. Il est possible que l'appartenance à une association puisse, dans certaines situations, constituer un service offert au public, mais l'al. 8a) ne doit pas être interprété de manière à priver l'al. 8c) de toute signification. De plus, bien que l'al. 8c) puisse être lui-même sujet à une interprétation large et libérale, de sorte qu'on interprète généreusement les types d'organismes qui y sont énumérés, il ne s'étend pas à l'Ordre. Sur une gamme allant des organismes à caractère purement économique aux organismes à caractère purement social, l'Ordre se situe près de l'extrémité sociale. Enfin, vu qu'en l'espèce le service offert au public au sens de l'al. 8a) n'est ni l'appartenance à l'association ni la collecte des données mais bien le produit final, savoir les données ou les documents historiques produits, et que ce service est offert au public sans discrimination, il s'ensuit que le pourvoi doit être rejeté. Il est inutile, dans ce pourvoi, d'expliciter les principes énoncés dans l'arrêt *Berg*, d'analyser la jurisprudence constitutionnelle américaine ou d'examiner l'art. 10 de la Loi.

Le juge La Forest: La question de savoir ce qui constitue des «services au public» aux fins de l'al. 8a) de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon est une question générale de droit, dont la cour siégeant en appel doit examiner la justesse. L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne, mais ne s'étend pas aux questions générales de droit.

Il convient de donner à une loi sur les droits de la personne une interprétation large, libérale et fondée sur l'objet, de manière à donner pleinement effet aux objets qui la sous-tendent. Bien que les termes de la loi doivent être interprétés généreusement, il n'est pas pour autant permis de la récrire. L'interprétation de l'al. 8a) doit donc être abordée à la lumière de dispositions analogues des diverses autres lois sur les droits de la personne au Canada et doit se fonder sur la fin semblable qui sous-tend ces dispositions. Ces dispositions analogues interdisent les pratiques discriminatoires relativement à des services qui sont offerts au public, ou auxquels le public a accès ou encore où il est admis. Pour être visé par l'interdiction de la discrimination, le service doit donc créer

service user. This is consistent with the common purpose that underlies these provisions: the elimination of discrimination in enterprises that serve the public. However, the intention of the enterprise should not be determinative of whether a service offered by the enterprise is in fact offered to the public, and such a determination under s. 8(a) should not be centred upon the nature of the enterprise or the service provider but upon the service being offered. A proper interpretation of s. 8(a) gives rise to a two-part analysis. The first step involves a determination of what constitutes the "service", based on the facts before the court. The second step requires a determination of whether the service creates a public relationship between the service provider and the service user. Inherent in this determination is a decision as to what constitutes "the public" to which the service is being offered, recalling that public is to be defined in relational as opposed to quantitative terms. In ascertaining a "public relationship" arising from a service, criteria including, but not limited to, selectivity in the provision of the service, diversity in the public to whom the service is offered, involvement of non-members in the service, whether the service is of a commercial nature, the intimate nature of the service and the purpose of offering the service will all be relevant. None of these criteria operate determinatively. A public relationship is to be determined by examining the relevant factors in a contextual manner.

In this case, the Order has not engaged in prohibited discrimination within the meaning of s. 8(a) in excluding G and women in general from its membership. The collection and preservation of Yukon history by the Order are not services covered by s. 8(a) because they do not give rise to a public relationship, a conclusion supported by the agreed statement of facts. There is also no evidence that the Order makes its facilities for collection and recording of Yukon history available to the public. Participation in these services is selective and the preparation of the historical data is purely private. The Order's historian collects and records the historical materials. The public is not involved in any way in the Order's historical research. The only service which implicates the public is the service of providing the historical materials of the Order and its members to the public, but this service does not encompass the collection and recording of those materials. In this appeal, there is no allegation of discrimination in making these materials available to the public. A reading of s. 8(a) which simply requires that the historical service supplied to the public be made freely and equally accessible to every individual without discrimination on the prohibited grounds fully conforms with the stated object of

une relation publique entre le fournisseur du service et son utilisateur. Cela est conforme à la fin commune qui sous-tend ces dispositions, savoir l'élimination de la discrimination dans les entreprises qui servent le public. Toutefois, l'intention de l'entreprise ne devrait pas être déterminante quant à savoir si le service qu'elle offre est de fait offert au public, et la conclusion à cet égard sous le régime de l'al. 8a) ne doit pas être fondée sur la nature de l'entreprise ou du fournisseur du service mais sur le service offert. L'interprétation appropriée de l'al. 8a) suppose une analyse à deux volets. Le premier vise à déterminer en quoi consiste le «service», compte tenu des faits soumis à la cour; le deuxième vise à déterminer si ce service crée une relation publique entre le fournisseur et l'utilisateur. Pour ce faire, il faut définir en quoi consiste «le public» à qui le service est offert, étant acquis que cette définition doit être d'ordre relationnel et non quantitatif. Pour vérifier si le service donne lieu à une «relation publique», les critères suivants seront tous pertinents, sans être exhaustifs, savoir la sélectivité dans la prestation du service, la diversité du public à qui il est destiné, la participation de non-membres, son caractère commercial ou non, sa nature intime et son objet. Aucun de ces critères n'est déterminant. Une relation publique doit être déterminée par un examen des critères pertinents en fonction du contexte.

En l'espèce, l'Ordre n'a pas accompli un acte discriminatoire illicite au sens de l'al. 8a) en refusant à G et aux femmes en général le statut de membre. La collecte et la conservation de l'histoire du Yukon ne constituent pas un service visé par l'al. 8a) parce qu'elles ne donnent pas lieu à une relation publique, tel qu'il appert de l'exposé conjoint des faits. Rien non plus dans la preuve ne permet de conclure que l'Ordre met à la disposition du public ses installations destinées à la collecte et à la compilation de données sur l'histoire du Yukon. La participation à ces services est sélective et la préparation des données historiques est purement privée. L'historien de l'Ordre recueille et compile les documents historiques. Le public ne participe aucunement aux recherches historiques de l'Ordre. Le seul service qui suppose la participation du public est celui ayant trait à la fourniture au public des documents historiques de l'Ordre et de ses membres, mais ce service n'englobe pas la collecte et la compilation de ces dossiers. Aucune discrimination dans la mise de ces services à la disposition du public n'est alléguée dans le présent pourvoi. Une lecture de l'al. 8a) exigeant simplement que les services historiques fournis au public soient accessibles à chacun, librement et en toute égalité, sans discrimina-

the Act. Further, the legislature had to balance competing rights in determining the scope of prohibited discrimination and s. 8(a) must be read in the context of the statute as a whole. If collection and recording of the history of the Yukon is made subject to s. 8(a), a paralysing effect would be felt upon the rights to freedom of expression and association recognized elsewhere in the Act. To force a private organization to compile history in a particular way would have serious implications for the freedom of association and of expression of those who join a particular group for that purpose. The Order does not purport to provide the definitive history of the Yukon and those who wish to present a different view of history are free to do so. Finally, the facts, as presented to this Court, do not indicate the Order is distorting the general history of the Yukon in its exclusion of women from its membership. The history the Order seeks to collect and preserve is primarily a history of the Order and its members.

In some circumstances, membership as a spectrum of benefits in an organization may constitute a service offered or provided to the public, and thereby require scrutiny of its membership policies under the Act. It is not whether an organization is public that determines whether membership in the organization is a service offered to the public, but rather whether the spectrum of benefits constituting membership is offered to the public. Courts must be willing to look beyond the seemingly private characteristics of an organization, including its membership policies, to discern whether in reality the organization offers services and opportunities to the public. Selectivity in membership will not insulate an organization from anti-discrimination legislation if membership is found to constitute a service offered to the public. Here, on the basis of the agreed facts, membership in the Order does not constitute a service offered or provided to the public within the meaning of s. 8(a). A review of the benefits that adhere to members of the Order reveals that membership does not give rise to a public relationship. The Order membership exists to serve its own members, past and present, and to preserve a Klondike brotherhood, founded upon moral values and male camaraderie. What the Order offers to its members is an intimate association, an opportunity to socialize in an all male environment intended to enhance the emotional development of its members. The Order does not purport to represent a diverse membership. Its membership policies are selective. Meetings of the members are exclusively attended by members. Moreover, the Order does not, in essence, exist to further commercial or other such public objects. Its fore-

tion fondée sur des motifs illicites, est pleinement conforme à l'objet proclamé de la Loi. De plus, pour déterminer la portée de l'interdiction, le législateur devait pondérer des droits opposés et l'al. 8a) doit être analysé dans le contexte global de la loi dont il est issu. Assujettir la collecte et la compilation de données sur l'histoire du Yukon à l'al. 8a) aurait pour effet d'entraver la liberté d'expression et d'association reconnue par ailleurs dans la Loi. Obliger un organisme privé à orienter sa compilation de données historiques dans une certaine voie aurait de graves répercussions sur la liberté d'association et d'expression de ceux qui se joignent à un groupe particulier dans ce but. L'Ordre ne prétend pas offrir une version définitive de l'histoire du Yukon, et libre à ceux qui souhaitent présenter une vision différente de le faire. Enfin, d'après les faits soumis à notre Cour, l'Ordre ne déforme pas l'histoire générale du Yukon en excluant les femmes de ses rangs. L'histoire qu'il cherche à colliger et à conserver est principalement l'histoire de l'Ordre lui-même et de ses membres.

Dans certaines circonstances, l'appartenance à un organisme en tant que source d'avantages peut effectivement constituer un service offert ou fourni au public et nécessiter, de ce fait, l'examen de la politique d'adhésion de cet organisme en regard de la Loi. Ce n'est pas le caractère public de l'organisme qui détermine si la possibilité d'en devenir membre est un service offert au public, mais plutôt le fait d'offrir ou non au public la gamme des avantages découlant du statut de membre. Les tribunaux doivent être prêts à regarder au-delà des caractéristiques apparemment privées d'un organisme, notamment sa politique d'adhésion, pour voir si, dans les faits, il offre des services et des occasions au public. Une adhésion sélective ne mettra pas un organisme à l'abri des lois antidiscriminatoires si l'on juge que l'appartenance à cet organisme constitue un service offert au public. En l'espèce, ainsi qu'il appert de l'exposé conjoint des faits, l'appartenance à l'Ordre n'en fait pas un service offert ou fourni au public au sens de l'al. 8a). Une revue des avantages dont jouissent les membres de l'Ordre révèle en effet que l'appartenance à cet organisme ne donne pas lieu à une relation publique. L'Ordre est au service de ses propres membres, anciens et actuels, et de la préservation de la fraternité du Klondike, fondée sur les valeurs morales et la camaraderie masculine. L'Ordre offre à ses membres une association intime, l'occasion de socialiser dans un environnement exclusivement masculin destiné à favoriser le développement affectif de ses membres. Il ne prétend pas à une composition variée. Sa politique d'adhésion est sélective. Seuls les membres assistent aux réunions. De plus, l'existence de l'Ordre n'est pas essentiellement vouée à

most concern is with the welfare and well-being of its members. In this respect, the membership offered by the Order more closely resembles membership in a familial relationship than membership that is generally offered or provided to the public.

To conclude that s. 8(a), which deals with the provision of services, goods or facilities to the public, does not apply to membership in an organization because membership in certain associations has been contemplated by the legislature in s. 8(c), is to give a restrictive interpretation to an Act which should be liberally construed. The mention of "membership" in s. 8(c) does not disclose an intention to deal with membership generally. The paragraphs of s. 8 are complementary and supportive of one another and of the goal of prohibiting discrimination. They should not be construed as exclusive logic-tight compartments. Discriminatory conduct that fairly falls within one category cannot be excluded from that category simply because another category deals with other activities that may bear on the same matter. The restrictive approach of confining membership issues to s. 8(c) cannot be significantly expanded by a broad interpretation of the associations there listed. However generously one may interpret the statute, one cannot rewrite it or add to the exhaustive list of groups of associations set forth in s. 8(c) so as to cover situations other than those for which it provides.

With respect to s. 10(1) of the Act, this section was not intended to be used as a broad justificatory shield against allegations of discrimination described in s. 8(a). The exempted discrimination must be of a kind necessary to the furtherance of the fundamental objects of the organization. Section 10(1) was probably intended to do little more than to give expression to our constitutionally guaranteed freedom of association.

Per McLachlin J. (dissenting): The collection and distribution of historical material constitute a service to the public within the meaning of s. 8(a) of the Yukon *Human Rights Act*, but the Order does not discriminate in the provision of this service since it provides its historical research to anyone who seeks it, male or female. The aim of s. 8(a) is essentially to ensure that those who provide services make those services available to the public generally, without discrimination on the basis of sex or any other prohibited ground.

la poursuite d'objectifs commerciaux ou à d'autres objets publics. Sa préoccupation fondamentale est le bien-être de ses membres. À cet égard et contrairement aux organismes auxquels l'affiliation est généralement offerte ou accessible au public, la qualité de membre offerte par l'Ordre tient davantage de la relation familiale.

Conclure que l'al. 8a), qui porte sur la prestation au public de services, de biens ou d'installations, ne vise pas l'appartenance à un organisme parce que le législateur a prévu le cas de l'appartenance à certaines associations à l'al. 8c), revient à interpréter restrictivement une loi qui devrait recevoir une interprétation libérale. La mention de l'«appartenance» à l'al. 8c) n'indique pas l'intention de traiter des conditions d'appartenance en général. Les dispositions de l'art. 8 se complètent et s'appuient mutuellement et visent à interdire la discrimination. Elles ne devraient pas être interprétées comme des compartiments logiques hermétiques et exclusifs. Une conduite discriminatoire qui pourrait être visée par une catégorie ne peut en être exclue simplement parce qu'une autre catégorie porte sur d'autres activités susceptibles d'avoir une incidence sur la même question. La démarche restrictive consistant à restreindre à l'al. 8c) les questions touchant l'appartenance ne saurait être sensiblement élargie par une interprétation large des associations qui y sont énumérées. Si libéralement que soit interprétée la Loi, on ne peut pas la récrire ou ajouter à la liste exhaustive de groupes ou associations figurant à l'al. 8c) pour couvrir des cas autres que ceux qu'elle envisage.

En ce qui concerne le par. 10(1) de la Loi, il n'a pas été conçu pour servir de justification à toute épreuve contre les allégations de discrimination visées par l'al. 8a). La distinction exemptée doit être nécessaire à la poursuite des objets fondamentaux de l'organisme. Le paragraphe 10(1) a probablement été conçu comme simple expression de la liberté d'association que garantit la Constitution.

Le juge McLachlin (dissidente): La collecte et la distribution de documents historiques constituent un service au public au sens de l'al. 8a) de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, mais l'Ordre n'exerce pas de discrimination dans la fourniture de ce service puisqu'il met ses recherches historiques à la disposition de toute personne intéressée, homme ou femme. L'alinéa 8a) vise essentiellement à faire en sorte que ceux qui fournissent des services mettent ceux-ci à la disposition du public en général, sans discrimination fondée sur le sexe ou tout autre motif illicite.

The Order, however, provides sufficient benefits of a public nature and importance that membership itself constitutes a service offered or provided to the public within the meaning of s. 8(a). Selectivity, purpose, seclusion and smallness are factors to be considered in making this assessment. The Order has a prominent public profile which is inconsistent with a seclusive group. The Order has arrogated to itself a number of public functions and conferred benefits and important public status on its members. The Order is small, but so is the community in which it operates. Moreover, the Order's public purpose and persona is large, extending to all pioneers in the Yukon Territory. Apart from gender, the Order is not particularly selective in choosing members. While close camaraderie may be consistent with privateness, the camaraderie enjoyed by the members of the Order flows from the public purpose of the Order. It is the members' common status and history as pioneers, rather than as men, which forms the common bond between them. Finally, the non-commercial benefits conferred on members of the Order are as worthy of protection as commercial services. In excluding women from membership, the Order therefore discriminates in the provision of this service.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Correctness is not the appropriate standard of review in this case. The Order's challenge to the Board of Adjudication's decision is not based on "general questions of law". The Board's impugned findings are primarily factual in nature. Although the meaning of the phrase "service . . . to the public" is an ordinary question of law on which no deference is warranted, the Board's finding that the Order's activities fell within this definition involves the application of the law to the facts. Moreover, in order to carry out its purpose, the Yukon *Human Rights Act* establishes a specialist tribunal composed of adjudicators having expertise and an acute understanding of human rights issues. The resolution of the factual issues in this case fell squarely within the Board's specialized mandate and, when as here the right to appeal provided by the Act is limited to questions of law, an appellate court has no jurisdiction to overturn the Board's findings of fact unless they are so unreasonable as to amount to an error of law. This Court therefore should show deference to the Board's findings. The standard of review should be most deferential to findings which are purely factual or where the factual and legal elements are inseparable as in the application of the law to the facts. At the same time, some deference must be shown

L'Ordre, toutefois, fournit suffisamment d'avantages de nature et d'importance publiques pour que la possibilité d'en devenir membre constitue en soi un service au public au sens de l'al. 8a). Le caractère sélectif, restreint ou isolé, ainsi que l'objet sont des facteurs à prendre en considération dans cette évaluation. L'Ordre s'est donné un profil éminemment public qui ne correspond pas à celui d'un groupe isolé. Il s'est attribué un certain nombre de fonctions publiques et confère à ses membres des avantages ainsi qu'un important statut public. L'Ordre est de petite taille mais c'est aussi le cas de la communauté au sein de laquelle il exerce ses activités. En outre, par son objet et sa personnalité, il dispose d'une large audience, soit l'ensemble des pionniers du territoire du Yukon. Hormis le sexe, l'Ordre n'est pas particulièrement sélectif dans le choix de ses membres. Bien que camaraderie étroite puisse être compatible avec caractère privé, la camaraderie dont jouissent les membres de l'Ordre découle de l'objet public de celui-ci. C'est le statut et l'histoire que les membres partagent en tant que pionniers, et non en tant qu'hommes, qui les unissent. Enfin, les avantages non commerciaux conférés aux membres de l'Ordre sont aussi dignes de protection que les services commerciaux. En refusant d'admettre des femmes comme membres, l'Ordre fait donc preuve de discrimination dans la fourniture de ce service.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La justesse n'est pas la norme de contrôle appropriée en l'espèce. La contestation par l'Ordre de la décision du conseil d'arbitrage ne repose pas sur des «questions générales de droit». Les conclusions contestées sont de nature principalement factuelle. Bien que le sens de l'expression «service au public» soit une question ordinaire de droit à l'égard de laquelle la retenue judiciaire n'est pas justifiée, la conclusion du conseil portant que les activités de l'Ordre correspondent à cette définition implique l'application de la loi aux faits. De plus, en vue d'accomplir son objet, la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon établit un tribunal spécialisé réunissant des arbitres possédant une expertise et une compréhension profonde des questions de droits de la personne. En l'espèce, il appartient carrément à ce tribunal spécialisé de trancher les questions factuelles et lorsque, comme en l'espèce, le droit d'appel prévu par la Loi se limite aux questions de droit, une cour siégeant en appel n'a pas la compétence nécessaire pour infirmer les conclusions de fait du tribunal sauf si celles-ci sont tellement déraisonnables qu'elles équivalent à une erreur de droit. Par conséquent, notre Cour devrait user de retenue à l'égard des conclusions du conseil. La norme de contrôle devrait témoigner de la plus grande retenue à

to the Board's findings on legal questions which raise policy concerns within the Board's special mandate.

The interpretation of human rights legislation must, on the one hand, be large and liberal so as to advance the overall purpose of the statute. On the other hand, it must be rationally supportable on the wording of the particular provision and the other admissible evidence of the legislature's purpose in enacting the provision. Here, the Order's policy excluding women from membership is discriminatory and the Board held that this discrimination was prohibited by s. 8(a) of the Act. In reaching this conclusion, the Board did not commit any error that would warrant the intervention of an appellate court. The Board's decision is consistent with the text of the relevant provisions and with the broad policy considerations underlying the Yukon's anti-discrimination statute.

First, the Board found that the Order provides services to the public, by collecting and preserving materials relating to the history of the Yukon and making them available to the public. A broad range of activities may constitute services generally available to the public and the correct approach is to identify the service in question, and then to determine whether that service gives rise to a public relationship between the service provider and the service user. This task, being essentially factual, was within the exclusive purview of the Board and the record supports its finding. On the evidence, the Board could reasonably conclude that the Order's activities involving the collection, preservation and publication of the history of the Yukon represent work done for the benefit of members of the public at large. As well, there is no reason automatically to sever the preparation of a historical record from its communication to the public. On the contrary, it seems logical to treat the Order's historical activities holistically, as a single service. The Board's conclusion cannot therefore be described as unreasonable.

Second, the Board found that discrimination occurred when services were provided to the public, because the exclusion of women from membership had an impact on the quality of the historical record created and maintained by the Order. Although on the broad wording of s. 8(a), it may not be necessary in all cases to show that discrimination had an impact on the quality of the ser-

l'égard de conclusions qui sont purement factuelles ou dont les éléments factuels et juridiques sont inséparables, comme dans l'application de la loi aux faits. De même, il faut exercer une certaine retenue à l'égard des conclusions du conseil sur des questions juridiques qui soulèvent des considérations de principe relevant de son mandat particulier.

L'interprétation des lois sur les droits de la personne doit, d'une part, être large et libérale de manière à promouvoir l'objet global de la loi. D'autre part, elle doit s'appuyer rationnellement sur le texte de la disposition particulière et sur les autres preuves admissibles de l'intention du législateur. En l'espèce, la politique de l'Ordre de ne pas admettre les femmes parmi ses membres est discriminatoire et le conseil a conclu que cette pratique discriminatoire était interdite par l'al. 8a) de la Loi. En arrivant à cette conclusion, le conseil n'a commis aucune erreur qui justifierait l'intervention d'une cour d'appel. Sa décision est conforme au texte des dispositions applicables et aux grandes considérations de principe de la loi antidiscriminatoire du Yukon.

En premier lieu, le conseil a conclu que l'Ordre fournit des services au public en recueillant et en conservant des documents se rapportant à l'histoire du Yukon et en mettant ceux-ci à la disposition du public. Une vaste gamme d'activités peuvent constituer des services généralement offerts au public et l'analyse appropriée consiste à définir le service en cause, et à déterminer si ce service donne naissance à une relation publique entre le fournisseur du service et son utilisateur. Étant essentiellement factuelle, cette tâche était du ressort exclusif du conseil et la conclusion s'appuie sur la preuve au dossier. Vu la preuve, le conseil pouvait raisonnablement conclure que les activités de l'Ordre consacrées à la collecte, à la conservation et à la publication de l'histoire du Yukon constituent des travaux qui sont effectués au profit du public en général. De même, il n'y a aucune raison de dissocier automatiquement la préparation d'un dossier historique de sa communication au public. Au contraire, il semble logique de traiter les activités à caractère historique de l'Ordre globalement, comme un service unique. La conclusion du conseil ne peut donc être qualifiée de déraisonnable.

En second lieu, le conseil a conclu qu'il y avait discrimination relativement à la fourniture de services au public parce que le refus d'admettre des femmes au sein de l'Ordre avait une incidence sur la qualité de la documentation historique réunie et conservée par ses soins. Malgré la formulation large de l'al. 8a), il n'est peut-être pas nécessaire dans tous les cas d'établir que la discri-

vice, there is no error in the proposition that such an impact would create a nexus sufficient to support the conclusion that the discrimination occurred "when offering or providing services . . . to the public". There is also no principle of law requiring the Board to restrict the application of s. 8(a) to situations where the discrimination is directed against potential users of the service. The test applicable is whether the discrimination occurred "when offering or providing services . . . to the public". The Board committed no error in its interpretation of this test. Its conclusion that the discrimination, consisting of the exclusion of women from membership, occurred when the Order was providing services to the public flows from its finding that the discrimination had an adverse impact on the quality of the services provided by the Order to the public. On the evidence, this finding was reasonably open to the Board.

Accordingly, this Court cannot interfere with the Board's finding that the Order's membership policy violates s. 8(a). It is important to note that the Board's decision does not rest on any finding that the presentation of a distorted historical record, or a record prepared without the input of women, is discrimination against women. The Order discriminates against women by excluding them from membership. The Order's activities, including its activities in producing the historical record, are simply the context in which this discrimination occurs.

Although it is unnecessary to address the alternative argument, it seems that membership in the Order is a service provided to the public. Membership can be a service within the meaning of s. 8(a). What is important is the degree of intimacy of the relationship in which the benefits are provided. A human rights tribunal must thus examine the relationship between the club and its potential members, and characterize the membership relationship as either public or private. In making that determination, factors such as the selectivity, purpose, seclusion and smallness of the group should be considered. In this case, it seems that the Order is not sufficiently intimate that the relationship between the Order and its potential members can be characterized as private. The membership criteria are relatively unselective and the Order has a public image and importance which is inconsistent with a seclusive group. While the membership is quite small, this factor is of lesser importance. Neither the male camaraderie enjoyed by the members of the Order, nor the non-commercial nature of the benefits extended

mination a eu une incidence sur la qualité du service; il n'y a aucune erreur dans la proposition que cette incidence crée un lien suffisant pour étayer la conclusion qu'il y a eu discrimination «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services». Aucun principe de droit n'obligeait non plus le conseil à restreindre l'application de l'al. 8a) aux situations où la discrimination s'exerce contre des utilisateurs potentiels du service. Le critère applicable consiste à déterminer si la discrimination a été pratiquée «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services». Le conseil n'a commis aucune erreur dans son interprétation de ce critère. Sa conclusion selon laquelle la discrimination, consistant à ne pas accepter de femmes comme membres de l'Ordre, a été pratiquée relativement à la fourniture de services au public, découle de sa conclusion que la discrimination a eu une incidence négative sur la qualité des services fournis par l'Ordre au public. Le conseil pouvait raisonnablement tirer cette conclusion de la preuve.

Par conséquent, notre Cour ne peut intervenir dans la conclusion du conseil que la politique d'adhésion de l'Ordre porte atteinte à l'al. 8a). Il importe de souligner que la décision du conseil ne repose pas sur la conclusion que la présentation d'une documentation historique biaisée, ou d'une documentation préparée sans la participation des femmes, constitue un acte discriminatoire envers les femmes. L'Ordre fait preuve de discrimination envers les femmes en les excluant de ses rangs. Ses activités, dont la constitution d'une documentation historique, forment simplement le contexte dans lequel s'exerce la discrimination.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner le moyen subsidiaire invoqué, il semble que l'appartenance à l'Ordre est un service fourni au public. Le statut de membre peut constituer un service au sens de l'al. 8a). Ce qui importe, c'est le degré d'intimité de la relation dans le cadre de laquelle les services sont fournis. Un tribunal des droits de la personne doit examiner la relation entre le club et ses membres potentiels, et déterminer si la relation de membre est publique ou privée. À cette fin, il lui faut examiner des facteurs tels la sélectivité, l'objet, l'isolement et la petite taille du groupe. En l'espèce, il semble que l'Ordre n'a pas un caractère suffisamment intime pour que la relation qu'il entretient avec ses membres potentiels puisse être qualifiée de privée. Les critères d'adhésion sont relativement peu sélectifs et l'Ordre a, sur le plan public, une image et une importance qui ne correspondent pas à celle d'un groupe isolé. Bien que ses membres soient assez peu nombreux, ce facteur est d'importance moindre. Ni la camaraderie masculine dont jouissent les membres de l'Ordre ni les

to the Order's members, bring the Order outside the public sphere.

Finally, on the facts before the Board, it was clear that the Order was not an organization entitled to the protection of s. 10(1) of the Act. The record amply supports the Board's conclusion that the Order is not dedicated to promoting the interests of an identifiable group. Instead, the Order exists to serve the interests and welfare of the entire population of the Yukon.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347.

By La Forest J.

Considered: *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987); *New York State Club Assn. v. New York City*, 487 U.S. 1 (1988); **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; *Anvari v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1991), 14 C.H.R.R. D/292; *Rogers v. Newfoundland (Department of Culture, Recreation and Youth)* (1991), 15 C.H.R.R. D/375; *Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.)*, Branch No. 255 (1990), 11 C.H.R.R. D/357; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

By McLachlin J. (dissenting)

Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984); *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

U.E.S., Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1

avantages non commerciaux qui leur sont conférés n'excluent l'Ordre de la sphère publique.

Enfin, d'après les faits soumis au conseil, l'Ordre n'était visiblement pas un organisme ayant droit à la protection du par. 10(1) de la Loi. Le dossier étaye en effet amplement la conclusion du conseil selon laquelle l'Ordre n'est pas voué à la promotion des intérêts d'un groupe identifiable. Il est plutôt au service des intérêts et du bien-être de l'ensemble de la population du Yukon.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347.

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Roberts c. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Board of Directors of Rotary Int'l c. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987); *New York State Club Assn. c. New York City*, 487 U.S. 1 (1988); **arrêts mentionnés:** *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; *Anvari c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1991), 14 C.H.R.R. D/292; *Rogers c. Newfoundland (Department of Culture, Recreation and Youth)* (1991), 15 C.H.R.R. D/375; *Singh c. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.)*, Branch No. 255 (1990), 11 C.H.R.R. D/357; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Roberts c. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984); *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

U.E.S., Local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., Local 720*, [1980] 1 R.C.S.

S.C.R. 178; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Edwards v. Bairstow*, [1956] A.C. 14; *R. v. Lampard*, [1968] 2 O.R. 470; *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536; *Re Winnipeg School Division No. 1 and MacArthur* (1982), 133 D.L.R. (3d) 305; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134; *Peters v. University Hospital Board* (1983), 23 Sask. R. 123; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987); *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

178; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Edwards c. Bairstow*, [1956] A.C. 14; *R. c. Lampard*, [1968] 2 O.R. 470; *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536; *Re Winnipeg School Division No. 1 and MacArthur* (1982), 133 D.L.R. (3d) 305; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134; *Peters c. University Hospital Board* (1983), 23 Sask. R. 123; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Roberts c. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Board of Directors of Rotary Int'l c. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 12.
Fair Practices Act, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 4(1) [am. 1995, c. 23, s. 2].
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1) [rep. & sub. 1985, c. 30, s. 7; am. 1992, c. 30, s. 5].
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 4 [rep. & sub. 1991, c. 12, s. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 2(1).
Human Rights Act, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 26.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3 [rep. & sub. 1992, c. 43, s. 2].
Human Rights Code, R.S.N. 1990, c. H-14, s. 6(1).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 1.
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M., c. H175, s. 13(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 3 [am. 1985, c. 33, s. 2; am. 1990, c. 23, ss. 2, 3].
Interpretation Act, R.S.Y. 1986, c. 93, s. 10.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 12(1) [am. 1989-90, c. 23, s. 8; am. 1993, c. 61, s. 7].
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 12.
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, art. 13(1).
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 1.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 4 [abr. & rempl. 1991, ch. 12, art. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 2(1).
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3 [abr. & rempl. 1992, ch. 43, art. 2].
Human Rights Code, R.S.N. 1990, ch. H-14, art. 6(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 3 [mod. 1985, ch. 33, art. 2; mod. 1990, ch. 23, art. 2, 3].
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5.
Loi d'interprétation, L.R.Y. 1986, ch. 93, art. 10.
Loi prohibant la discrimination, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 4(1) [mod. 1995, ch. 23, art. 2].
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11 [mod. 1985, ch. 30, art. 1], art. 5(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 7; mod. 1992, ch. 30, art. 5].
Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 26.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 12(1) [mod. 1989-90, ch. 23, art. 8; mod. 1993, ch. 61, art. 7].

Authors Cited

- Concise Oxford Dictionary*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "service".
 Laframboise, Celia, and Leigh West. "The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?" (1987-1988), 2 *C.J.W.L.* 335.
 Marshall, William P. "Discrimination and the Right of Association" (1986), 81 *N.W.U. L. Rev.* 68.
Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1993, "service".
 Yukon Hansard, February 12, 1987, p. 715.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (1993), 18 C.H.R.R. D/347, 100 D.L.R. (4th) 596, 79 B.C.L.R. (2d) 14, dismissing the appellants' appeal from a judgment of Wachowich J. (1991), 14 C.H.R.R. D/176, 87 D.L.R. (4th) 618, reversing a decision of a board of adjudication (1989), 10 C.H.R.R. D/5812 constituted under the

Doctrine citée

- Concise Oxford Dictionary*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, «service».
 Laframboise, Celia, and Leigh West. «The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?» (1987-1988), 2 *R.J.F.D.* 335.
 Marshall, William P. «Discrimination and the Right of Association» (1986), 81 *N.W.U. L. Rev.* 68.
Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1993, «service».
 Yukon Hansard, 12 février 1987, p. 715.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du territoire du Yukon (1993), 18 C.H.R.R. D/347, 100 D.L.R. (4th) 596, 79 B.C.L.R. (2d) 14, qui a rejeté l'appel des appelantes à l'encontre d'un jugement du juge Wachowich (1991), 14 C.H.R.R. D/176, 87 D.L.R. (4th) 618, qui avait infirmé la décision d'un conseil d'arbitrage (1989), 10 C.H.R.R. D/5812 constitué en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon. Pourvoi rejeté,

Yukon *Human Rights Act*. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Mary Eberts and Sharon Greene, for the appellants.

J. J. Camp, Q.C., and *Richard A. Buchan*, for the respondents.

Gwen Brodsky and Nitya Iyer, for the intervener.

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

IACOBUCCI J. — I have had the benefit of the reasons of my colleagues La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. Although I agree with La Forest J.'s disposition of this appeal and with his reasoning on several points, I do not share his views on the necessity, in this appeal, of expanding upon this Court's decision in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, considering the American constitutional jurisprudence, or discussing s. 10 of the Yukon *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11. My colleague and I are also in disagreement about the relevance and application of s. 8(c) of the Act to the main issue to be resolved.

La Forest J. has summarized the facts, decisions below, and submissions of the parties and the intervener, and there is no need for me to repeat or comment on them. As my colleague states, the key issue in this appeal is whether the exclusion of the appellant Gould from membership in the respondent Yukon Order of Pioneers ("Order") on the ground that she is female contravenes s. 8(a) of the Yukon Act, a provision which prohibits discrimination "when offering or providing services, goods or facilities to the public".

My colleague has also explained that the relevant standard of review is correctness. I agree with what he has said on this subject, and would only

les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Mary Eberts et Sharon Greene, pour les appelantes.

J. J. Camp, c.r., et *Richard A. Buchan*, pour les intimés.

Gwen Brodsky et Nitya Iyer, pour l'intervenant.

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

LE JUGE IACOBUCCI — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin. Bien que je sois d'accord avec la façon dont le juge La Forest tranche ce pourvoi et avec le raisonnement qu'il adopte sur plusieurs points, je ne partage pas son opinion quant à la nécessité, en l'espèce, d'explicitier l'arrêt de notre Cour *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, d'analyser la jurisprudence constitutionnelle américaine ou d'examiner l'art. 10 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11. Je diffère également de mon collègue à propos de la pertinence de l'al. 8c) de la Loi et de son application à la principale question à résoudre.

Le juge La Forest ayant résumé les faits, les décisions des juridictions inférieures ainsi que les prétentions des parties et de l'intervenant, il n'y a pas lieu de les reprendre ou de les commenter. Comme le dit mon collègue, la question clé que soulève le présent pourvoi est de savoir si le fait d'empêcher l'appelante Gould de devenir membre du Yukon Order of Pioneers intimé («l'Ordre») pour le motif qu'elle est une femme contrevient à l'al. 8a) de la Loi du Yukon, laquelle disposition interdit toute discrimination «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations».

Mon collègue a également expliqué que la norme de contrôle pertinente est celle de la décision correcte. Je souscris à ce qu'il dit à ce

1

2

3

add that the approach taken by the unanimous Court in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, confirms the use of this standard. In *Pezim*, the Court stated (at pp. 590-91):

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1089 (*Bibeault*), and *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756.

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights. See for example *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353. [Emphasis added.]

4

My colleague L'Heureux-Dubé J. relies heavily upon the fact-finding expertise of the Board of Adjudication. To the extent that the deference she advocates is predicated on this tribunal's expertise in the circumstances of the case at bar, I would make, in passing, one observation. Courts custom-

subject, et me bornerais à ajouter que la démarche adoptée par notre Cour unanime dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, confirme le choix de cette norme. La Cour y a dit ceci, aux pp. 590 et 591:

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi. Voir les arrêts *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1089 (*Bibeault*), et *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne. Voir les arrêts *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353. [Je souligne.]

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé s'appuie fortement sur l'expertise du conseil d'arbitrage quant à la recherche des faits. Dans la mesure où la retenue qu'elle préconise est fondée sur l'expertise du tribunal, dans les circonstances de l'espèce, j'ajouterais, incidemment, l'observation suivante.

arily defer to tribunals, including human rights tribunals, on questions of fact, on the ground that these tribunals are situated and equipped to make such findings: see, e.g., *Berg, supra*, and *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. But in the case at bar, I note that the Board of Adjudication heard no testimony. Apart from two facts which were agreed upon orally at the hearing, all of the evidence was in written form. Moreover, the evidence of the parties was presented entirely by admission and agreement. In these circumstances, where the issue is not the facts themselves but rather the inferences to be drawn from agreed facts, the policy considerations which ordinarily militate in favour of deference are significantly attenuated: see *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347.

On the subject of the appropriate interpretive approach for human rights statutes, the need to approach the legislation purposively, giving it a fair, large and liberal interpretation with a view to advancing its objects, is well accepted. But it is also well established that the wording of the statute is an important part of this process. I do not read my colleagues as disagreeing on this point: see para. 50 of *La Forest J.'s* reasons and para. 123 of *L'Heureux-Dubé J.'s* reasons.

On the one hand, as the Chief Justice explained in *Berg, supra*, at p. 373 (in a passage which is also quoted in part by my colleague *La Forest J.*, for somewhat different purposes),

[i]f human rights legislation is to be interpreted in a purposive manner, differences in wording between provinces should not obscure the essentially similar purposes of such provisions, unless the wording clearly evinces a different purpose on behalf of a particular provincial legislature.

In *Berg* it was held that the fact that s. 3 of the British Columbia legislation prohibited discrimination with respect to accommodations, services or facilities "customarily available to the public",

Les cours de justice usent habituellement de retenue envers les tribunaux administratifs, y compris les tribunaux des droits de la personne, sur des questions de fait, parce qu'ils sont bien placés et bien équipés pour tirer de telles conclusions: voir par exemple les arrêts *Berg*, précité, et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Mais en l'espèce, je note que le conseil d'arbitrage n'a entendu aucun témoignage. Hormis deux faits admis oralement à l'audience, tous les éléments de preuve étaient sous forme écrite. De plus, la preuve des parties a été présentée entièrement par voie d'admissions. Dans les circonstances, lorsque le litige ne porte pas sur les faits eux-mêmes mais plutôt sur les déductions qu'on peut tirer de faits admis, les considérations de principe qui militent ordinairement en faveur de la retenue sont sensiblement atténuées: voir *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347.

Pour ce qui est de la façon d'interpréter les lois en matière de droits de la personne, la nécessité d'examiner la loi en fonction de l'objet visé, en lui donnant une interprétation équitable, large et libérale propre à favoriser la réalisation de cet objet, est bien établie. Mais il est aussi bien établi que le texte de la loi joue un rôle important dans cette démarche. Je ne crois pas que mes collègues seraient en désaccord sur ce point: voir le par. 50 des motifs du juge *La Forest* et le par. 123 des motifs du juge *L'Heureux-Dubé*.

D'une part, comme le Juge en chef l'a expliqué dans l'arrêt *Berg*, précité, à la p. 373 (dans un passage dont mon collègue le juge *La Forest* reprend aussi un extrait à des fins quelque peu différentes),

[s]i les lois en matière de droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l'objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions, à moins que la formulation n'indique la poursuite d'une fin différente de la part d'une législature provinciale particulière.

Dans *Berg*, le fait que l'art. 3 de la loi de la Colombie-Britannique interdisait la discrimination dans la fourniture d'un logement, de services ou d'installations [TRANSDUCTION] «habituellement

5

6

while other statutes used phrases such as “ordinarily offered to the public” or “available in any place to which the public is customarily admitted”, should not result in divergent interpretations, because these provisions are functionally synonymous. However, on the other hand, as the Chief Justice explained, at p. 371,

[t]his interpretive approach [i.e., a broad, liberal and purposive approach] does not give a board or court license to ignore the words of the Act in order to prevent discrimination wherever it is found. While this may be a laudable goal, the legislature has stated, through the limiting words in s. 3 [i.e., the phrase “customarily available to the public”], that some relationships will not be subject to scrutiny under human rights legislation. It is the duty of boards and courts to give s. 3 a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature.

offerts au public», alors que d’autres lois utilisent des expressions telles «ordinairement offerts au public» ou «se trouvant dans un endroit où le public est ordinairement admis», ne devait pas conduire à des interprétations divergentes étant donné que ces dispositions sont des synonymes fonctionnels. D’autre part toutefois, comme l’explique le Juge en chef, à la p. 371,

[c]ette méthode d’interprétation [c.-à-d. large, libérale et fondée sur l’objet visé] ne permet pas à une commission ou à une cour de justice de faire abstraction des termes de la Loi pour empêcher les pratiques discriminatoires où que ce soit. Bien que ce puisse être à un but louable, la législature a affirmé, au moyen des termes restrictifs de l’art. 3 [c.-à-d. l’expression «habituellement offerts au public»], que certaines relations ne seront pas sujettes à un examen fondé sur la loi en matière de droits de la personne. Il incombe aux commissions et aux cours de justice de donner à l’art. 3 une interprétation libérale et fondée sur l’objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner l’intention de la législature.

7 A true purposive approach looks at the wording of the statute itself, with a view to discerning and advancing the legislature’s intent. Our task is to breathe life, and generously so, into the particular statutory provisions that are before us.

L’interprétation véritablement fondée sur l’objet visé prend en considération le texte même de la loi, afin de discerner l’intention du législateur et d’en favoriser la réalisation. Notre tâche est d’insuffler la vie, de façon généreuse, aux dispositions particulières qui nous sont soumises.

8 Applying this approach to the Yukon Act, I note that, like its counterparts in other jurisdictions, it lists as its objects “to further . . . the public policy that every individual is free and equal in dignity and rights”; “to discourage and eliminate discrimination”; and “to promote recognition of the inherent dignity and worth and of the equal and inalienable rights of all members of the human family, these being principles underlying the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Universal Declaration of Human Rights* and other solemn undertakings, international and national, which Canada honours” (s. 1). There is also an interpretive provision relating to the “preservation and enhancement of the multi-cultural heritage of the residents of the Yukon” (s. 2). The “Bill of Rights” portion of the Act affirms, *inter alia* that “[e]very individual and every group shall, in accordance with the law, enjoy the right to freedom of

Appliquant cette méthode à la Loi du Yukon, je note que, à l’instar des lois analogues d’autres ressorts, celle-ci a notamment pour objets «de mettre en œuvre [. . .] le principe de la liberté et de l’égalité de dignité et de droits de chacun», «de décourager et d’éliminer la discrimination», et de «promouvoir la reconnaissance de la dignité et de la valeur inhérentes de tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables, principes constituant le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* et des autres engagements nationaux et internationaux que le Canada respecte» (art. 1). Elle comporte également une disposition interprétative visant «le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des résidents du Yukon» (art. 2). La partie «Déclaration des droits» de la Loi dispose, entre autres choses, que «[c]hacun — particulier ou groupe — a,

religion, conscience, opinion, and belief” (s. 3); that every individual and group “shall, in accordance with the law, enjoy the right to freedom of expression, including freedom of the press and other media of communication” (s. 4); and that every individual and group “shall, in accordance with the law, enjoy the right to peaceable assembly with others and the right to form with others associations of any character” (s. 5).

These objects may sometimes be in tension. Even within the associational right there may be a tension between a group’s interest in self-definition and an outsider’s interest in joining or associating with the group.

The structure of the Act is that once discrimination (as defined in s. 6) is found, one turns to s. 8 to determine whether the discrimination is of a prohibited kind, and if it is one then proceeds to ss. 9 and 10 (and other provisions which are not relevant to this appeal) to determine whether the prohibited discrimination can nevertheless be justified under those provisions.

In the case before us, it is evident that the Order’s males-only membership policy contravenes s. 6(f) of the Act (discrimination on the basis of sex). Therefore, it is necessary to determine whether this discrimination is prohibited by s. 8 of the Act. That section must be considered as a whole. It appears under the heading “Prohibited discrimination”, and reads:

8. No person shall discriminate

- (a) when offering or providing services, goods, or facilities to the public,
- (b) in connection with any aspect of employment or application for employment,
- (c) in connection with any aspect of membership in or representation by any trade union, trade association, occupational association, or professional association,
- (d) in connection with any aspect of the occupancy, possession, lease, or sale of property offered to the public,

conformément à la loi, la liberté de religion, de conscience, d’opinion et de croyance» (art. 3); que chacun — particulier ou groupe — «a, conformément à la loi, la liberté d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication» (art. 4); et que chacun — particulier ou groupe — «a, conformément à la loi, la liberté de réunion pacifique et celle de constituer des associations de tous genres» (art. 5).

Ces objets peuvent parfois générer des tensions. Même à l’intérieur du droit d’association, il peut exister une tension entre le droit du groupe de s’auto-définir et celui d’un tiers de se joindre ou de s’associer au groupe.

Selon l’économie de la Loi, une fois établie l’existence d’une pratique discriminatoire (art. 6), il faut déterminer si, suivant l’art. 8, cette pratique est l’une de celles qui sont interdites et, dans l’affirmative, si, suivant les art. 9 et 10 (et d’autres dispositions non pertinentes aux fins de ce pourvoi), la pratique discriminatoire interdite peut néanmoins être justifiée.

Dans l’affaire qui nous est soumise, la politique de l’Ordre consistant à n’accepter comme membres que des hommes contrevient manifestement à l’al. 6f) de la Loi (discrimination fondée sur le sexe). Il faut par conséquent décider si cette discrimination est interdite par l’art. 8 de la Loi. Cet article doit être examiné dans sa globalité. Figurant sous l’intertitre «Interdiction de la discrimination», il dispose:

8. Il est interdit de faire preuve de discrimination relativement:

- a) à l’offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d’installations;
- b) à tout élément touchant l’emploi ou une demande d’emploi;
- c) à toute condition d’appartenance à un syndicat, à un corps de métier ou à une association commerciale ou professionnelle, ou à toute représentation par l’un de ceux-ci;
- d) à tout élément lié à l’occupation, à la possession, à la location ou à la vente de biens offerts au public;

9

10

11

(e) in the negotiation or performance of any contract that is offered to or for which offers are invited from the public. [Italics and underlining added.]

e) à la négociation ou à l'exécution d'un marché qui est offert au public ou pour lequel un appel d'offres est lancé. [Italiques et soulignements ajoutés.]

12 It is immediately apparent that the legislature has turned its mind to the question of membership as a category of prohibited discrimination. Membership is dealt with expressly — and separately from “services, goods, or facilities”. Further, s. 8(c) forbids discrimination “in connection with any aspect of membership” in certain listed types of organizations. These organizations collectively deal with livelihood and economic relationships but not social or cultural ones.

Il appert d'emblée que le législateur a prévu la question de l'appartenance comme catégorie de pratique discriminatoire interdite. Il traite de l'appartenance expressément — et séparément des «services, [. . .] biens ou [. . .] installations». De plus, l'al. 8c) interdit la discrimination «relativement à toute condition d'appartenance» à certains types d'organismes qui sont énumérés. Il s'agit d'organismes voués collectivement aux relations relevant du domaine de l'économie et des moyens de subsistance, mais non aux relations sociales ou culturelles.

13 When I apply a liberal and purposive approach as I have described it above to these provisions, it is clear to me that s. 8(a) cannot bear the interpretation that the intervenor and the appellant Gould would ascribe to it.

Si j'applique à ces dispositions la méthode libérale et fondée sur l'objet visé que j'ai décrite précédemment, il m'apparaît clairement que l'al. 8a) ne peut recevoir l'interprétation que lui prêtent l'intervenant et l'appelante Gould.

14 With regard to the intervenor's position, I would not rule out the possibility that there might be a situation in which membership could constitute a service offered to the public. But s. 8(c) is suggestive of a legislative intent to treat membership and services separately. Section 8(a) should not be read in a way that would deprive s. 8(c) of all meaning. With respect, it seems to me that this is what my colleague McLachlin J.'s (and, to a lesser extent, my colleague La Forest J.'s) interpretation of s. 8(a) would do. Moreover, although s. 8(c) may itself be subject to a large and liberal interpretation, such that the types of organizations listed might be interpreted generously, it does not extend to the Order. If organizations are conceptualized as ranging across a spectrum from the purely economic to the purely social, with business, trade, and professional associations near the economic end and religious and cultural groups near the social end, the Order is close to the latter. It may be, by contrast, that other groups could be found,

En ce qui concerne la position de l'intervenant, je n'écarterais pas la possibilité que l'appartenance à une association puisse, dans certaines situations, constituer un service offert au public. Mais l'al. 8c) semble traduire l'intention du législateur de considérer l'appartenance et les services comme des questions séparées. Or l'alinéa 8a) ne doit pas être interprété de manière à priver l'al. 8c) de toute signification. Avec égards, il me semble que c'est là où mènerait l'interprétation que ma collègue le juge McLachlin donne à l'al. 8a) (de même qu'à un moindre degré, celle du juge La Forest). De plus, bien que l'al. 8c) puisse être lui-même sujet à une interprétation large et libérale, de sorte qu'on interprète généreusement les types d'organismes qui y sont énumérés, il ne s'étend pas à l'Ordre. Sur une gamme allant des organismes à caractère purement économique aux organismes à caractère purement social, les associations d'affaires, commerciales et professionnelles se situant près de l'extrémité économique, et les groupes religieux et culturels près de l'extrémité sociale, l'Ordre se situe de ce dernier côté. Il se peut que, par contraste, d'autres groupes se rattachent davantage, d'après la méthode libérale et fondée sur l'objet

on a liberal and purposive approach, to be closer to the former but I need not discuss that in this case.

Before leaving this subject I would note that the fact that an organization labels what it offers as a "membership" rather than a "good or service" is not determinative. The appropriate characterization, and the question of whether s. 8(a) or (c) is engaged, is, as a legal question, one for the relevant decision-making body to determine.

With regard to the appellants' position, I would not deny that a collection or creation process could constitute a service offered to the public: this could be so if, for instance, the process itself took place in the context of a public relationship. However, as a reading of the agreed statement of facts confirms, that is not this case. It is evident to me that the service offered to the public in this case is the end product, namely, the historical data or documents produced. And it is clear that the Order provides this product to the public without discrimination.

Since in this case the service offered to the public within the meaning of s. 8(a) of the Act is neither membership nor the collection process but rather the end product, and since this is provided to the public without discrimination, it follows that the appeal must be dismissed.

Accordingly, I am able to reach these conclusions without taking the further steps that my colleague La Forest J. (and, to a certain extent, my colleagues L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.) has taken. In particular, I find it unnecessary to expand upon the principles or tests set out in *Berg*. My resolution of this appeal is consistent with *Berg* and, in that connection, I have neither derogated from nor added to the principles established in *Berg*. I also find it unnecessary to consider the American constitutional jurisprudence, or to address s. 10 of the Act. Someday it may be helpful or necessary to discuss these matters, but I prefer to wait for a factual and legal context which is conducive to such a discussion.

visé, au premier segment, mais il n'y a pas lieu d'examiner cette question en l'espèce.

Avant de quitter ce sujet, je tiens à souligner que le fait qu'un organisme qualifie ce qu'il offre de «statut de membre» plutôt que de «bien ou service» n'est pas déterminant. La caractérisation de ce qui est offert, et la question de l'application de l'al. 8a) ou 8c), est une question juridique qu'il appartient à l'organisme compétent de trancher.

En ce qui concerne la position des appelantes, je ne nie pas qu'une démarche de collecte ou de création puisse constituer un service offert au public: tel pourrait être le cas, par exemple, si la démarche s'inscrivait elle-même dans le cadre d'une relation publique. Toutefois, comme le confirme l'exposé conjoint des faits, ce n'est pas le cas en l'espèce. Il m'apparaît évident que le service offert au public dans la présente affaire est le produit final, à savoir les données ou les documents historiques produits. Et il est indéniable que l'Ordre fournit ce produit au public sans discrimination.

Vu qu'en l'espèce le service offert au public au sens de l'al. 8a) de la Loi n'est ni l'appartenance à l'association ni la collecte des données mais bien le produit final, et que ce service est offert au public sans discrimination, il s'ensuit que le pourvoi doit être rejeté.

Je peux donc arriver à ces conclusions sans examiner les autres points que mon collègue le juge La Forest (et, dans une certaine mesure, mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin) a analysés. En particulier, il m'apparaît inutile d'explicitier les principes ou les critères énoncés dans l'arrêt *Berg*. La façon dont je propose de trancher le présent pourvoi est compatible avec *Berg* et mes motifs ne dérogent en rien et n'ajoutent rien aux principes établis dans *Berg*. J'estime également inutile d'examiner la jurisprudence constitutionnelle américaine ou d'analyser l'art. 10 de la Loi. Il sera peut-être un jour utile ou nécessaire d'examiner ces questions, mais je préfère attendre que le contexte factuel et juridique se prête à un tel examen.

15

16

17

18

19 I would dispose of the appeal in the manner proposed by *La Forest J.*

The following are the reasons delivered by

20 **LA FOREST J.** — The principal issue in this appeal is whether, in the circumstances of this case, the exclusion of the appellant Gould from membership in the respondent fraternal order on the ground that she is female amounts to prohibited discrimination under s. 8(a) of the *Yukon Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11. That provision, which appears under the heading “Prohibited discrimination”, reads:

8. No person shall discriminate

(a) when offering or providing services, goods, or facilities to the public [Emphasis added.]

Section 6 defines what amounts to discrimination. It provides that “[i]t is discrimination to treat any individual or group unfavourably” on a number of grounds including ground (f), “sex”. Section 11 adds that “[a]ny conduct that results in discrimination is discrimination”. The appellant Gould claims that prohibited discrimination resulted from the offering by the respondent Order of historical material to the public since the collection of this material is exclusively assigned to members of the Order, all of whom are male. For convenience, I shall hereafter generally refer to these parties simply as the appellant and the respondent. For its part, the intervener, the Yukon Status of Women Council, contends that in light of the Order’s activities and place in the community, membership in the organization is itself a service offered to the public, and consequently refusal of membership to women constitutes prohibited discrimination. In addition to disputing each of these contentions, the respondent also avers that there is no discrimination in this case having regard to the exemption in s. 10(1), which reads as follows:

10. (1) It is not discrimination for a religious, charitable, educational, social, cultural, or athletic organization to give preference to its members or to people the organization exists to serve.

Je suis d’avis de trancher le pourvoi comme le propose le juge *La Forest*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, dans les circonstances de l’espèce, le fait d’empêcher l’appelante Gould de devenir membre de l’ordre fraternel intime pour le motif qu’elle est une femme constitue un acte discriminatoire aux termes de l’al. 8a) de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11. Cette disposition, sous l’intertitre «Interdiction de la discrimination», prévoit:

8. Il est interdit de faire preuve de discrimination relativement:

a) à l’offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d’installations; [Je souligne.]

L’article 6 définit ce qu’il faut entendre par discrimination: «[c]onstitue un acte discriminatoire le fait de traiter défavorablement un particulier ou un groupe» pour un certain nombre de motifs dont «le sexe» (al. f). L’article 11 ajoute que «[c]onstitue un acte discriminatoire tout comportement qui entraîne de la discrimination». L’appelante Gould (ci-après «l’appelante») allègue qu’il y a discrimination du fait que l’Ordre intime (ci-après «l’intime») permet la consultation publique de documents historiques dont la collecte relève exclusivement de ses membres, lesquels sont tous des hommes. Pour sa part, l’intervenant, le Yukon Status of Women Council, soutient que, étant donné les activités de l’Ordre et la place qu’il occupe dans la collectivité, l’adhésion à cet organisme est en soi un service offert au public, de sorte que le refus d’accorder aux femmes le statut de membre constitue un acte discriminatoire. En plus de contester chacune de ces prétentions, l’intime affirme qu’il n’y a pas discrimination en l’espèce eu égard à l’exception prévue au par. 10(1), lequel dispose:

10. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait pour un organisme religieux, de bienfaisance, d’éducation, social ou culturel, ou d’athlétisme d’accorder la préférence à ses membres ou aux particuliers que l’organisme a été créé pour servir.

Facts

On September 2, 1987, the appellant Madeleine Gould applied for membership in the respondent Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge. Her application was denied on the ground that she was female.

The Yukon Order of Pioneers was formed in 1894 by the Forty Mile community which proposed the organization of a moral fraternal order for the purposes of establishing a police force and a fraternal group whose primary concern would be the welfare, security and well-being of its members. Membership was restricted to male persons of integrity and good character who met a ten year residency requirement. By the early 1900s, the policing activities of the Order were no longer required, and since that time the Order's primary objectives have been social, historical and cultural, with its paramount concern being the welfare and well-being of its members. According to the agreed statement of facts (item 8(ix)) submitted by the parties,

the primary objects and focus of the Order are the mutual protection of its members and the uniting of those members in the strong tie of brotherhood. The Order is dedicated to preserving the history of the Order and of its members. It is equally dedicated to preserving the moral values, male camaraderie and mutual respect, traditions and secret rites that were engendered by and formed the fabric of a Klondike brotherhood of the 1890s;

This is consistent with the purpose of the Order, which is thus set forth in its Constitution:

Its purpose shall be the advancement of the Yukon Territory, the mutual protection of its members, and to unite these members in the strong tie of brotherhood; and to preserve the names of all Yukon Pioneers on its rolls; to collect and preserve the literature and incidents of Yukon's history.

Pursuant to this clause, the organization collects and preserves certain historical literature and materials and makes them available to the public. To that end, the Order's historian engages in the following activities:

Les faits

Le 2 septembre 1987, l'appelante a demandé à devenir membre de l'Ordre intime, le Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge. Sa demande a été rejetée pour le motif qu'elle était une femme.

Le Yukon Order of Pioneers a été fondé en 1894 par la collectivité de Forty Mile, qui proposait la constitution d'un ordre moral fraternel aux fins de l'établissement d'une force de police et d'un groupe fraternel dont le but premier serait le bien-être et la sécurité de ses membres. Seuls pouvaient être membres des hommes intègres jouissant d'une bonne réputation et résidant au Yukon depuis dix ans. Ses activités policières n'étant plus requises au début des années 1900, l'Ordre s'est depuis lors consacré essentiellement à des activités sociales, historiques et culturelles axées en premier lieu sur le bien-être de ses membres. Suivant l'exposé conjoint des faits (par. 8(ix)) soumis par les parties,

[TRADUCTION] l'Ordre a pour préoccupations et objets premiers la protection mutuelle de ses membres et la formation entre eux de liens étroits de fraternité. L'Ordre est voué à la conservation de son histoire et de celle de ses membres. Il est également voué à la préservation des valeurs morales, de la camaraderie masculine et du respect mutuel, des traditions et des rites secrets qui ont caractérisé la fraternité du Klondike dans les années 1890;

Cette description correspond au but de l'Ordre ainsi exposé dans ses statuts constitutifs:

[TRADUCTION] Il a pour but l'avancement du territoire du Yukon, la protection mutuelle de ses membres, la formation entre eux de liens étroits de fraternité, la conservation dans ses registres des noms de tous les pionniers du Yukon, la collecte et la conservation de documents et d'anecdotes concernant l'histoire du Yukon.

Conformément à cette clause, l'organisme recueille et préserve certains écrits et documents historiques qu'il met à la disposition du public. À cette fin, l'historien de l'Ordre exerce les activités suivantes:

21

22

[TRADUCTION]

- | | |
|--|---|
| (a) responds to requests from the public for information on the Order's past members and on the history of the Order; | a) répondre aux demandes de renseignements du public sur les anciens membres de l'Ordre et sur son histoire; |
| (b) provides historical data, records and materials on the Order and its members to the Yukon Archives; | b) fournir aux Archives du Yukon des données, des dossiers et des documents historiques sur l'Ordre et ses membres; |
| (c) solicits information on the history of the Order and its members from members and other individuals and organizations; | c) solliciter des renseignements sur l'histoire de l'Ordre et de ses membres auprès de membres et d'autres personnes et organismes; |
| (d) collects data, records, photos and other historical material respecting the Order and its members. | d) recueillir des données, dossiers, photos et autres documents historiques concernant l'Ordre et ses membres. |

(Agreed Statement of Facts, item 8(x).)

(Exposé conjoint des faits, par. 8(x).)

I observe that these activities are central to the appellant's claim that the Order is providing a service to the public within the meaning of s. 8 of the Act.

Soulignons le rôle central qu'occupent ces activités eu égard à la prétention de l'appelante que l'Ordre fournit un service au public au sens de l'art. 8 de la Loi.

23

On December 8, 1987, the appellant filed a complaint with the Yukon Human Rights Commission that the Order had contravened ss. 8(a) and 11 of the Act in precluding her from becoming a member. In response to the complaint, the Commission constituted a board of adjudication. The adjudication proceeded on the basis of an agreed statement of facts and documents and other facts admitted by counsel. The Yukon Status of Women Council was granted intervener status and filed a submission to the Board of Adjudication. The Board found that the actions of the Lodge constituted prohibited discrimination pursuant to s. 8(a) of the Act: (1989), 10 C.H.R.R. D/5812. An appeal from the decision of the Board was made to the Supreme Court of the Yukon Territory, which reversed the decision: (1991), 14 C.H.R.R. D/176, 87 D.L.R. (4th) 618. A further appeal to the Court of Appeal of the Yukon Territory was dismissed: (1993), 18 C.H.R.R. D/347, 100 D.L.R. (4th) 596, 79 B.C.L.R. (2d) 14. Leave to appeal was then granted to this Court, [1993] 3 S.C.R. x.

Le 8 décembre 1987, l'appelante a déposé auprès de la Commission des droits de la personne du Yukon une plainte portant que l'Ordre avait enfreint l'al. 8a) et l'art. 11 de la Loi en lui refusant le statut de membre. En réponse à cette plainte, la Commission a constitué un conseil d'arbitrage qui a instruit la plainte sur la base d'un exposé conjoint des faits, de documents et d'autres faits admis par les avocats. Le Yukon Status of Women Council a obtenu le statut d'intervenant et a présenté des observations au conseil d'arbitrage. Celui-ci a conclu que les actions de la Loge étaient discriminatoires au sens de l'al. 8a) de la Loi: (1989), 10 C.H.R.R. D/5812. Appel de la décision du conseil a été interjeté devant la Cour suprême du territoire du Yukon, qui l'a infirmée: (1991), 14 C.H.R.R. D/176, 87 D.L.R. (4th) 618. L'appel formé devant la Cour d'appel du territoire du Yukon a été rejeté: (1993), 18 C.H.R.R. D/347, 100 D.L.R. (4th) 596, 79 B.C.L.R. (2d) 14. Autorisation de se pourvoir devant notre Cour a alors été accordée, [1993] 3 R.C.S. x.

Decisions Below*Board of Adjudication*

It was not disputed before the Board that the actions of the Order amounted to discrimination against the appellant and women in general under s. 6(f) of the Act. The Board considered whether the discrimination was prohibited under s. 8 and specifically whether there was discrimination in providing a public service. While the Board acknowledged that the public service element of the Order was not the predominant activity of the membership, it concluded that this was not necessary to warrant finding that s. 8(a) applied. In its view, the preservation and collection of the literature and incidents of the Yukon's history constituted an important public service sufficient for this purpose and concluded that the Order was providing or offering "services . . . to the public" within the meaning of s. 8(a).

The Order, it continued, was engaging in discrimination prohibited by s. 8(a) in rejecting the appellant's application. The public service of collecting and preserving the Yukon's history could not be performed properly without the active input, through membership in the Order, of female members of the population. From a "common sense standpoint", the Board accepted that history will be distorted in favour of the male role if it is recorded exclusively by men.

Finally, the Board found s. 10(1) of the Act inapplicable to the Order, holding that the "people the organization exists to serve" is the whole community, male and female. As no reference was made to s. 9 of the Act (which provides that there is no discrimination where there are factors establishing reasonable cause for discrimination), the Board did not deal with it. The Board ordered that the discrimination complained of cease and that the appellant's application for membership and all other applications for membership be considered without reference to the sex of the applicant.

Les juridictions inférieures*Le conseil d'arbitrage*

L'allégation que le comportement de l'Ordre constituait un acte discriminatoire envers les femmes en général et l'appelante en particulier au sens de l'al. 6f) de la Loi n'a pas été contestée devant le conseil. Celui-ci a examiné la question de savoir si la discrimination était illicite en vertu de l'art. 8 et plus particulièrement s'il y avait discrimination dans la prestation d'un service public. Tout en reconnaissant que l'élément service public n'était pas l'activité prédominante des membres de l'Ordre, il a estimé qu'une telle conclusion n'était pas une condition préalable à l'application de l'al. 8a). À son avis, la conservation et la collecte de documents et d'anecdotes sur l'histoire du Yukon constituaient un service public suffisant à cette fin, et il a conclu que l'Ordre fournissait ou offrait donc «des services au public» au sens de l'al. 8a).

En rejetant la demande de l'appelante, a poursuivi le conseil, l'Ordre a commis un acte discriminatoire interdit par l'al. 8a). Il ne pouvait en effet rendre adéquatement le service public consistant à recueillir et à conserver des données et des documents sur l'histoire du Yukon sans faire appel à la participation active, moyennant leur adhésion, de membres féminins de la population. Se plaçant [TRADUCTION] «du point de vue du sens commun», le conseil a convenu que si la compilation historique était le fait exclusif des hommes, il y aurait distorsion de l'histoire au profit du sexe masculin.

Enfin, le conseil a conclu que l'Ordre échappait à l'application du par. 10(1) de la Loi étant donné que les «particuliers que l'organisme a été créé pour servir» constituent l'ensemble de la collectivité, hommes et femmes. Aucun renvoi n'ayant été fait à l'art. 9 de la Loi (lequel dispose qu'il n'y a pas discrimination lorsqu'il existe des motifs de distinction jugés raisonnables), le conseil n'a pas examiné cette disposition. Il a ordonné que cesse la discrimination alléguée et que la demande d'adhésion de l'appelante de même que toutes les autres demandes d'adhésion soient prises en considération sans égard au sexe de leur auteur.

24

25

26

Supreme Court of the Yukon Territory (1991), 87 D.L.R. (4th) 618

27

On appeal from this decision, Wachowich J. considered whether the exclusion of the appellant Gould from membership because she was female constituted discrimination within the meaning of the Act. He stated that “the conduct complained of must first be ‘discrimination’ as defined by s. 6 or s. 11 of the Act”, and that “it is the discriminatory result or effect, not a discriminatory intent which is significant” (p. 646). Nonetheless, he disagreed with the Board that the respondent’s conduct “amounts to discrimination, either directly or by adverse effect” (p. 648). In his view, if the conduct of the Order was based upon a personal characteristic of the appellant, it still remained to be decided whether this conduct was a “treating unfavourably” form of discrimination within s. 6 of the Act, or the broader form of discrimination in s. 11 of the Act. By stating that discrimination in the abstract had been established, the Board failed to examine relevant considerations regarding the issue of discrimination and, therefore, erred in law. The Board ought to have applied the particular facts of the case to the legislation in determining the issue of discrimination.

28

Assuming, without deciding, that there was discrimination, Wachowich J. went on to consider whether the discrimination was prohibited by s. 8(a) of the Act. That provision, he held, had to be interpreted in its social, political and legal context and concluded (at p. 652):

It is largely by reference to this latter perspective that it is possible to conclude that differential treatment (excluding women) in relation to the Pioneers’ membership policy is not discriminatory conduct as contemplated by s. 8 of the *Human Rights Act*. This is because the Pioneers, as an organization, do not provide goods, facilities or services of a type which attracts the regulation (and sanctions) of the *Human Rights Act*.

29

In respect of the membership policies of the Order, Wachowich J. undertook a review of American and English authorities. He noted the differ-

La Cour suprême du territoire du Yukon (1991), 87 D.L.R. (4th) 618

En appel de cette décision, le juge Wachowich a examiné si le fait de refuser à l’appelante Gould le statut de membre parce qu’elle était une femme était un acte discriminatoire au sens de la Loi. Selon lui, [TRADUCTION] «le comportement reproché doit d’abord constituer un «acte discriminatoire» au sens de la définition des art. 6 ou 11 de la Loi», étant entendu que «c’est le résultat ou l’effet discriminatoire qui importe, et non l’intention discriminatoire» (p. 646). Il s’est néanmoins dissocié de la conclusion du conseil selon laquelle le comportement de l’intimé [TRADUCTION] «constitue de la discrimination, directement ou indirectement» (p. 648). À son avis, bien que le comportement de l’Ordre ait été fondé sur une caractéristique personnelle de l’appelante, il restait tout de même à décider si ce comportement équivalait à un «traitement défavorable» au sens de l’art. 6 de la Loi, ou à la forme plus large de discrimination visée à l’art. 11. En affirmant que l’existence d’une discrimination avait été établie en théorie, le conseil a omis de prendre en considération des aspects pertinents de la question et a donc commis une erreur de droit. Le conseil aurait dû appliquer les faits particuliers de l’espèce à la Loi pour déterminer s’il y a eu discrimination.

Présumant, sans en décider, qu’il y a eu discrimination, le juge Wachowich a examiné si cette discrimination était prohibée par l’al. 8a) de la Loi. Cette disposition, a-t-il dit, devait être interprétée dans son contexte social, politique et juridique. Il a conclu (à la p. 652):

[TRADUCTION] C’est largement dans cette dernière perspective qu’il est possible de conclure que le traitement différent (l’exclusion des femmes) résultant de la politique d’adhésion des pionniers n’est pas un acte discriminatoire au sens de l’art. 8 de la *Loi sur les droits de la personne*. Et cela parce que les pionniers, en tant qu’organisme, ne fournissent pas de biens, d’installations ou de services tels qu’ils puissent être assujettis à cette loi (et à ses sanctions).

Examinant la politique d’adhésion de l’Ordre, le juge Wachowich a fait une revue de la jurisprudence américaine et anglaise. Il a souligné la diffé-

ence between the American position and the Canadian position, though he observed that we may benefit from the American experience in the interpretation of our human rights legislation.

He concluded from his review of the authorities that it was necessary to balance carefully “fundamental but conflicting rights of human beings in interpreting legislation which is alleged to govern cases such as the one before [him] on appeal” (p. 670).

Wachowich J. was of the view that it was insufficient for the Board “to consider the conduct complained of in isolation from the essential balancing of equally important interests” (p. 671). He stated that “legislation aimed at eradicating gender-based discrimination in the interests of equality” was in direct conflict with “interests aimed at recognizing the rights of free citizens to form associations with whomever they might wish and . . . the right to freely express oneself” (p. 671). He concluded (at p. 672):

The Board failed to address membership policy criteria in light of the stated objectives of the human rights legislation and therefore failed to consider that criteria which might operate to take the Pioneers out of the reach of the *Human Rights Act*.

Thus, membership policy might not be discriminatory within the meaning of the Act, and, if it was discriminatory, it might not be discriminatory activity of the type prohibited by s. 8(a).

In Wachowich J.’s view, discrimination relating to membership policies and discrimination relating to the offering of services to the public should be treated separately. He then stated that, on the question of whether “what the Pioneers *do* amounts to prohibited discrimination, activities must be considered together to produce a complete picture of this organization and the conduct of the Pioneers which is alleged to be discriminatory” (p. 673 (emphasis in original)).

Wachowich J. then considered the role of the Order in collecting and preserving history and stated that, even if the Order’s “collecting and pre-

rence entre les positions américaine et canadienne, faisant néanmoins observer que nous pourrions tirer profit de l’expérience américaine dans l’interprétation de notre législation sur les droits de la personne.

De sa revue jurisprudentielle, il a conclu qu’il était nécessaire de pondérer soigneusement [TRADUCTION] «les droits fondamentaux mais opposés des êtres humains pour interpréter des lois dont on invoque l’application aux affaires comme celle dont [il était] saisi en appel» (p. 670).

Selon le juge Wachowich, le conseil ne pouvait pas se borner à [TRADUCTION] «examiner le comportement reproché isolément, sans procéder à la pondération essentielle de droits d’égale importance» (p. 671), et, à son avis, «les lois visant à éliminer la discrimination fondée sur le sexe au nom de l’égalité» entrent directement en conflit avec «les intérêts visant à reconnaître le droit des citoyens libres de s’associer avec la personne de leur choix et [. . .] le droit de s’exprimer librement» (p. 671). Il a conclu (à la p. 672):

[TRADUCTION] Le conseil a omis d’examiner la politique d’adhésion en regard des objectifs proclamés des lois sur les droits de la personne, et donc de prendre en considération les critères susceptibles d’exempter les pionniers de la *Loi sur les droits de la personne*.

Ainsi, la politique d’adhésion pouvait ne pas être discriminatoire au sens de la Loi et, si elle l’était, elle pouvait ne pas constituer une activité discriminatoire du type de celles prohibées par l’al. 8a).

De l’avis du juge Wachowich, il convient de traiter séparément la discrimination relative à la politique d’adhésion et la discrimination relative à l’offre de services au public. Pour trancher la question de savoir si [TRADUCTION] «le comportement des pionniers *constitue* une distinction illicite, il faut prendre en considération l’ensemble des activités afin de dresser un tableau complet de l’organisme et du comportement jugé discriminatoire” (p. 673 (en italique dans l’original)).

Le juge Wachowich a ensuite examiné le rôle de l’Ordre dans la collecte et la conservation de données et de documents historiques. Même si l’on

30

31

32

33

servicing of history amounts to what can be characterized as a 'public' service" (pp. 675-76), that finding was irrelevant. There was a distinction to be drawn between a "public service" and "services to the public". The proper question was: "Is the service offered or provided to the public?" If so, in offering or providing the service, did the Order treat any of the public unfavourably on the enumerated grounds in the Act? If so, there was prohibited discrimination. He concluded that the services were offered to the public without discrimination and, therefore, that the answer was "no". He could not accept that an activity involving individual or collective creation of information and free delivery to the public is the type of conduct caught by the Act. While the Board did not perceive this matter as involving limits on the freedom of expression, he could see it as little else.

peut qualifier de [TRADUCTION] «service «public» la collecte et la conservation du patrimoine historique», a-t-il dit, cette qualification n'était pas pertinente (aux pp. 675 et 676). Il faut faire une distinction entre «service public» et «services au public». La question appropriée était donc la suivante: «Le service est-il offert ou fourni au public?» Dans l'affirmative, l'Ordre a-t-il, en offrant ou fournissant le service, traité un membre du public défavorablement pour l'un des motifs énumérés dans la Loi? Dans l'affirmative, il y avait discrimination. Le juge Wachowich a conclu que les services étaient offerts au public sans discrimination et donc que la réponse était négative. Il ne pouvait accepter qu'une activité supposant la création individuelle ou collective de renseignements et leur divulgation gratuite au public soit le type de comportement visé par la Loi. Alors que le conseil n'a pas vu cette affaire sous l'angle des restrictions apportées à la liberté d'expression, le juge Wachowich ne pouvait guère l'envisager autrement.

34 Wachowich J. continued, however, by stating that if a finding of proscribed discrimination was made by the Board, the next step should have been to consider the defence found in s. 9 of the Act. If no defence was available under s. 9, then the Board should have considered whether they were an exempted group under s. 10 of the Act.

Il a poursuivi, toutefois, en disant que si le conseil concluait à la présence de discrimination, il devait ensuite prendre en considération les moyens de défense de l'art. 9 de la Loi. Si aucun de ces moyens ne s'appliquait, le conseil devait alors se demander s'il s'agissait d'un groupe bénéficiant d'une exception en vertu de l'art. 10.

35 In conclusion, Wachowich J. found (at p. 694):

Le juge Wachowich est arrivé à la conclusion suivante (à la p. 694):

The finding by the Board that history is distorted in favour of the male role if recorded solely by males led the Board to find prohibited discrimination in the rejection of [the appellant] Gould's application for membership in the Pioneers. Even granting that the Board was entitled to take judicial notice of a distortion of history concept, having regard to the totality of the materials before it and the statutory burden of persuasion to which the Board is held in weighing evidence and applying policy, I am of the firm view that the Board erred in law in reaching the conclusion it did. A misapprehension as to the law of evidence is an error of law.

[TRADUCTION] Posant qu'il y avait distorsion de l'histoire en faveur du rôle masculin du fait que cette histoire était colligée uniquement par des hommes, le conseil a conclu que le rejet de la demande d'adhésion de [l'appellante] Gould aux pionniers constituait un acte discriminatoire. Même en convenant que le conseil était justifié de prendre connaissance d'office du concept d'une distorsion de l'histoire, compte tenu de l'ensemble de la preuve documentaire qui lui était soumise et de la charge légale de persuasion à laquelle il est tenu dans l'appréciation de la preuve et l'application des principes, je suis fermement d'avis qu'il a commis une erreur de droit en concluant comme il l'a fait. Une interprétation erronée du droit de la preuve constitue une erreur de droit.

Court of Appeal (1993), 100 D.L.R. (4th) 596

On the appeal to the Court of Appeal, Hinkson J.A., writing for the court, found that the Board had not erred in law in concluding that the appellant had suffered discrimination with respect to her application for membership. This fell within the definition of discrimination in s. 6 of the Act.

Hinkson J.A. specified that the appellant's complaint was that "in the collection and preservation of the history of the Yukon by the order there was discrimination against her as a member of the public because the collection and preservation of that history was collected, preserved and recorded solely by males" (p. 604). He stated that the issue for the Board on the interpretation of s. 8(a) of the Act was whether "that provision in the Act had any application to the collection and preservation conducted by the historians of the lodge" (p. 605). The purpose of s. 8(a) of the Act, he stated, "is to proscribe discrimination when offering or providing services to the public" and that to be consistent with the object set out in the Act "every individual is equally entitled to any services offered or provided to the public" (p. 605).

In Hinkson J.A.'s view, "the starting point for the interpretation of s. 8(a) of the Act is to consider the service that the lodge is providing to the public" (p. 606). He found that that service was "to make available at the request of any member of the public the results of the collection, research and recording of the history of the Yukon" (p. 606). It was not the collection and preservation of that history that was the service offered to the public, but the fruits of that labour. He concluded that s. 8(a) of the Act "imposes on the lodge the obligation to make such research available to any member of the public without discrimination" (p. 606).

To adopt the Board's interpretation of s. 8(a) "would give to the board a right of censorship over any material provided to the public by any individual or group" (p. 607). This was not the intention

La Cour d'appel (1993), 100 D.L.R. (4th) 596

Au nom de la Cour d'appel, le juge Hinkson a estimé que le conseil n'avait pas commis d'erreur de droit en concluant que, en ce qui touche sa demande d'adhésion, l'appelante avait subi une discrimination au sens de l'art. 6 de la Loi.

Le juge Hinkson a précisé que, dans sa plainte, l'appelante alléguait que [TRADUCTION] «dans la collecte et la conservation de l'histoire du Yukon, l'Ordre a fait preuve de discrimination envers elle en tant que membre du public parce que cette collecte et cette conservation se font uniquement par des hommes» (p. 604). Selon lui, la question que devait se poser le conseil, eu égard à l'interprétation de l'al. 8a) de la Loi, était de savoir si [TRADUCTION] «cette disposition de la Loi était de quelque façon applicable à la collecte et à la conservation assurées par les historiens de la Loge» (p. 605). L'alinéa 8a), a-t-il dit, a pour objet de [TRADUCTION] «proscrire la discrimination dans l'offre ou la prestation de services au public», ajoutant que conformément à cet objet, «toute personne a droit, en toute égalité, aux services offerts ou fournis au public» (p. 605).

Selon le juge Hinkson, [TRADUCTION] «le point de départ de l'interprétation de l'al. 8a) de la Loi consiste en l'examen du service que la Loge fournit au public» (p. 606). Il a estimé que ce service consistait à [TRADUCTION] «permettre à toute personne d'avoir accès, sur demande, aux résultats de la collecte, de la recherche et de la compilation de données sur l'histoire du Yukon» (p. 606). Ce n'est donc pas la collecte et la conservation de ce patrimoine historique qui constituent le service offert au public, mais plutôt les fruits de ce labeur. Il a conclu que l'al. 8a) de la Loi [TRADUCTION] «impose à la Loge l'obligation de permettre à toute personne d'avoir accès à ces recherches, sans discrimination» (p. 606).

Adopter l'interprétation que fait le conseil de l'al. 8a) [TRADUCTION] «lui conférerait un droit de censure sur tout document fourni au public par une personne ou un groupe quelconque» (p. 607). Or,

36

37

38

39

of the legislature in enacting s. 8(a) of the Act. He then concluded (at p. 607):

[T]he board fell into error in its interpretation of s. 8(a) of the Act when it concluded that within that section the collection and preservation of the history of the Yukon by the lodge, recorded solely by males, constituted discrimination with respect to [the appellant] Gould.

As a result, the board was in error in its interpretation of the provisions of s. 8(a) of the Act.

40 Hinkson J.A. found it unnecessary for Wachowich J. to consider ss. 9 and 10 of the Act; this, he thought, “should be left to an appropriate proceeding in which they fall to be determined by a board” (p. 608).

Analysis

The Issues

41 Let me say at the outset that there is no question that there was in this case discrimination as defined in s. 6 of the Act. The appellant was obviously treated unfavourably by the respondent’s conduct in refusing her admission to the Order because of her gender. But the Act does not prohibit discrimination in all its forms. This is scarcely surprising. Life in society demands that we discriminate every day of our lives, and it is only certain forms of discrimination that are prohibited. The prohibited grounds of discrimination under the Yukon *Human Rights Act* are set forth in s. 8.

42 The particular ground on which the appellant relies is s. 8(a) which prohibits any person from discriminating “when offering or providing services, goods, or facilities to the public”. The appellant’s position, as I understand it, is this. The service of providing historical material to the public involves the collection and recording of the material, so the collection and recording of the material is part of the service to the public. Since, the argument continues, the collection and recording of the material is restricted to members, the appellant is

telle n’était pas l’intention de la législature lorsqu’elle a édicté l’al. 8a) de la Loi. Il a conclu (à la p. 607):

[TRADUCTION] [L]e conseil a commis une erreur dans son interprétation de l’al. 8a) de la Loi lorsqu’il a conclu que la collecte et la conservation par la Loge de données sur l’histoire du Yukon colligées uniquement par des hommes, constituaient de la discrimination envers [l’appelante] Gould.

Il en résulte que le conseil a interprété erronément les dispositions de l’al. 8a) de la Loi.

Le juge Hinkson a estimé que le juge Wachowich n’avait pas à examiner les art. 9 et 10 de la Loi; la question, a-t-il dit, [TRADUCTION] «devait être laissée à l’appréciation du conseil qui sera appelé à la trancher dans une instance appropriée» (p. 608).

Analyse

Les questions en litige

Établissons dès le départ qu’il y a incontestablement eu en l’espèce un acte discriminatoire au sens de l’art. 6 de la Loi. Il est évident que l’appelante a été traitée défavorablement par la décision de l’intimé de lui refuser le statut de membre à cause de son sexe. Toutefois, la Loi n’interdit pas toutes les formes de discrimination, ce qui n’est guère surprenant. Si les contraintes de la vie en société exigent que nous fassions quotidiennement des distinctions, seules certaines d’entre elles sont considérées comme illicites. Les motifs de distinction illicite en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon sont énoncés à l’art. 8.

Le motif particulier de distinction qu’invoque l’appelante se fonde sur l’al. 8a) qui interdit la discrimination «relativement à l’offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d’installations». La position de l’appelante, telle que je la comprends, est la suivante: mettre des documents historiques à la disposition du public suppose la collecte et la compilation de ces documents, de sorte que collecte et compilation font partie du service au public. Étant donné, toujours selon cet argument, que la collecte et la compilation des

subject to discrimination in the provision of the service by being denied membership on a prohibited ground. This, she adds, results in a distortion of Yukon history by giving it a male bias.

The intervener in this appeal relies on the ground that the membership practices of the Order are discriminatory in three respects: (1) women suffer a direct loss of the benefits, opportunities and advantages flowing from membership in the Order; (2) women's perspectives are excluded from the historical account of Yukon pioneering; and (3) rooted in stereotypical assumptions about the role and status of women, the membership practices constitute an affront to the dignity of Yukon women, and deprive them of the social recognition and esteem of being pioneers.

There are, as I see it, two primary issues raised by the appellant and the intervener. The first issue arises from the appellant's position that the collection and recording of the material constitutes a service offered or provided to the public by the Order. The second issue relates to the contention of the intervener that the membership policies of the Order constitute discrimination within s. 8(a). The intervener states, in essence, that membership itself is a service offered to the public. The respondent responds by questioning the appellant's interpretive approach and by relying on the exemption provided by s. 10(1) of the Act.

The appellant, in support of her position, stated that the Board made a finding that s. 8(a) included not only the provision of the historical material, but its collection and recording as well. That decision, she maintained, falls within the specific expertise of the Board to which a reviewing court should accord deference.

The Standard of Review

I shall deal with the issue of deference first. In approaching the issue, it is useful to refer to the position adopted by this Court in *Canada (Attor-*

documents sont restreintes aux membres, l'appelante est victime de discrimination dans la prestation du service en ce qu'on lui refuse le statut de membre pour un motif illicite. Il en résulte, ajoutée-elle, une déformation de l'histoire du Yukon sous l'effet d'une vision masculine.

L'intervenant au présent pourvoi fait valoir que les pratiques de l'Ordre en matière d'adhésion sont discriminatoires à trois égards: (1) les femmes subissent une perte directe en termes de bénéfices, d'occasions et d'avantages découlant de l'appartenance à l'Ordre; (2) le point de vue des femmes est exclu de la relation historique de l'époque des pionniers du Yukon; et (3) ancrées dans les stéréotypes sur le rôle et le statut des femmes, les pratiques en matière d'adhésion constituent un affront à la dignité des femmes du Yukon et les privent de la reconnaissance sociale et de l'estime dont jouissent les pionniers.

À mon sens, l'appelante et l'intervenant soulèvent deux questions principales. La première découle de la position de l'appelante suivant laquelle la collecte et la compilation de documents constituent un service offert ou fourni par l'Ordre au public. La seconde est liée à la prétention de l'intervenant selon laquelle la politique d'adhésion de l'Ordre constitue un acte discriminatoire au sens de l'al. 8a). Pour l'essentiel, l'intervenant affirme que l'appartenance est en soi un service offert au public. L'intimé réplique en contestant la méthode d'interprétation de l'appelante et en se fondant sur l'exception prévue au par. 10(1) de la Loi.

À l'appui de sa position, l'appelante fait valoir que le conseil a conclu que l'al. 8a) visait non seulement la fourniture de documents historiques, mais également leur collecte et leur compilation. Cette conclusion, soutient-elle, relève de l'expertise particulière du conseil à l'égard de laquelle un tribunal d'examen devrait faire preuve de retenue.

La norme de contrôle

Examinons d'abord la question de la retenue judiciaire. À cette fin, il est utile de renvoyer à la position que notre Cour a adoptée dans l'arrêt

43

44

45

46

ney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554, where it was stated (at p. 585):

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not on a standard of reasonability.

I note that we are here once again involved in an issue of statutory interpretation and general legal reasoning. On that basis, I would have thought that a reviewing court, and ultimately this Court, has the duty under s. 26(3) of the Act, which provides for an appeal on "questions of law", to consider the correctness of the Board's decision.

47

But there is even more specific authority on the point in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353. At issue there was the interpretation of s. 3 of the British Columbia *Human Rights Act* which prohibits discrimination "with respect to any . . . service . . . customarily available to the public". Writing for the majority of this Court, Lamer C.J. concluded that the question of what constitutes a "service customarily available to the public" is a general question of law, for which there is no reason to show deference by this Court. In considering the purpose of s. 3 of the British Columbia Act, Lamer C.J. referred to "analogous provisions" found in various human rights statutes, including s. 8 of the Yukon *Human Rights Act*. He found that the legislatures of various jurisdictions in Canada had chosen different means of achieving a common end, and in order for the interpretation of human rights legislation to be purposive, differences in wording among the various provinces should not be permitted to frustrate the similar pur-

Canada (Procureur général) c. Mossop, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 585:

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

Soulignons qu'il s'agit encore en l'espèce d'une question d'interprétation des lois et de raisonnement juridique général. Sur ce fondement, il me paraît donc qu'une cour chargée du contrôle, et en définitive notre Cour, a l'obligation, en vertu du par. 26(3) de la Loi, qui confère le droit d'appel sur une «question de droit», d'examiner la justesse de la décision du conseil.

Il existe toutefois un fondement encore plus spécifique sur ce point dans l'arrêt *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353. Cette affaire mettait en cause l'interprétation de l'art. 3 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique qui interdit la discrimination [TRADUCTION] «à l'égard [. . .] de services [. . .] habituellement offerts au public». S'exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge en chef Lamer a conclu que la question de savoir ce qui constitue un «service habituellement offert au public» est une question générale de droit, au sujet de laquelle notre Cour n'a aucune raison de faire preuve de retenue. Examinant l'objet visé par l'art. 3 de la loi de la Colombie-Britannique, le juge en chef Lamer s'est reporté aux «dispositions analogues» de diverses lois sur les droits de la personne, dont l'art. 8 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon. Constatant que les législatures des divers ressorts du Canada avaient retenu des moyens différents pour atteindre un même but, il a estimé que pour interpréter les lois sur les droits de la personne en fonction de l'objet visé, on ne devait pas permettre que

pose underlying these provisions. He stated (at p. 373):

If human rights legislation is to be interpreted in a purposive manner, differences in wording between provinces should not obscure the essentially similar purposes of such provisions, unless the wording clearly evinces a different purpose on behalf of a particular provincial legislature.

On the basis of the foregoing, it is quite clear that the question of what constitutes “services to the public” for the purposes of s. 8(a) of the Yukon Act is a general question of law, one which an appellate court must review on the basis of correctness.

Interpretive Approach

I turn, then, to the issue of the interpretation that should properly be given to s. 8(a). As a backdrop to her contention that “providing services . . . to the public” should be given an expansive meaning so as to include not only the provision of historical materials but its collection as well, the appellant referred to this Court’s admonition that human rights legislation should be given a broad, liberal and purposive approach that recognizes its special nature — not quite constitutional but more than ordinary; see *Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547. Similarly, in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at p. 89, I stated that such legislation “must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it”.

I have not resiled from that position, but as Lamer C.J. warned, in his reasons in *Berg, supra*, at p. 371, “[t]his interpretative approach does not give a board or court license to ignore the words of the Act in order to prevent discrimination wherever it is found.” The words of the Act must be interpreted generously, but this does not permit rewriting the Act. This approach must guide an interpretation of s. 8(a) of the Act, so as to ensure

les différences de formulation contrecarrent la fin analogue sous-tendant ces dispositions. Il s’est exprimé comme suit, à la p. 373:

Si les lois en matière de droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l’objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions, à moins que la formulation n’indique la poursuite d’une fin différente de la part d’une législature provinciale particulière.

Il ressort donc manifestement de ce qui précède que la question de savoir ce qui constitue des «services au public» aux fins de l’al. 8a) de la loi du Yukon est une question générale de droit, dont la cour siégeant en appel doit examiner la justesse.

Méthode d’interprétation

J’en viens à la question de l’interprétation de l’al. 8a). En arrière-plan de sa prétention voulant qu’on attribue un sens élargi aux termes «fourniture au public de services» de manière à y inclure non seulement la fourniture de documents historiques mais aussi leur collecte, l’appelante a invoqué la mise en garde de notre Cour, savoir qu’il convient de donner aux lois sur les droits de la personne une interprétation large, libérale et fondée sur l’objet qui en reconnaisse la nature spéciale — pas vraiment constitutionnelle mais hors de l’ordinaire; voir *Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547. De même, dans *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la p. 89, j’ai dit qu’il fallait interpréter pareille loi «de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent».

Je ne suis pas revenu sur cette position, mais, comme l’a souligné le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Berg*, précité, à la p. 371, «[c]ette méthode d’interprétation ne permet pas à une commission ou à une cour de justice de faire abstraction des termes de la Loi pour empêcher les pratiques discriminatoires où que ce soit.» Les termes de la Loi doivent certes être interprétés généreusement, mais sans qu’il soit pour autant permis de récrire la Loi.

48

49

50

that the underlying objects of the Act are given full effect.

Cette méthode doit guider l'interprétation de l'al. 8a) de la Loi, de manière à donner pleinement effet aux objets qui la sous-tendent.

51 With this in mind, I shall endeavour to interpret s. 8(a) on the basis of the wording of the provision within the context of the entire Act. As previously stated, this Court in *Berg* noted that s. 8(a) finds analogous provisions in the human rights legislation throughout the country. In keeping with Lamer C.J.'s direction that differences in wording among the various provisions should not obscure the similar purpose of such provisions, it becomes necessary to approach the interpretation of s. 8(a) in light of analogous provisions in other human rights Acts. An interpretation focused solely on the specific wording of s. 8(a) would ignore the "essentially similar" end for which these provisions are but the means.

Dans cette optique, je m'efforcerai d'interpréter l'al. 8a) en fonction du texte de la disposition considérée dans le contexte global de la Loi. Comme je l'ai souligné précédemment, notre Cour a fait observer dans l'arrêt *Berg* qu'il existe des dispositions analogues à l'al. 8a) dans les diverses lois sur les droits de la personne au Canada. Conformément au principe énoncé par le juge en chef Lamer selon lequel les différences de formulation ne devraient pas masquer la fin semblable de ces dispositions, l'interprétation de l'al. 8a) doit donc être abordée à la lumière des dispositions analogues d'autres lois sur les droits de la personne. En effet, une interprétation axée uniquement sur la formulation précise de l'al. 8a) ne tiendrait pas compte du but «essentiellement semblable» en regard duquel ces dispositions ne sont que des moyens.

52 An interpretation of s. 8(a) should be guided by the similar purpose underlying analogous provisions. In his reasons in *Berg*, Lamer C.J. articulated this purpose by reference to a passage from Linden J.A.'s reasons in the Federal Court of Appeal decision in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391, at p. 398. "The essential aim of the wording", Linden J.A. stated, "is to forbid discrimination by enterprises which purport to serve the public". The critical implication of this passage, in my view, is the assertion that it is not all discrimination that is prohibited, but only discrimination in the context of a public sphere of activity.

L'interprétation de l'al. 8a) doit se fonder sur la fin semblable qui sous-tend des dispositions analogues. Dans ses motifs de l'arrêt *Berg*, le juge en chef Lamer renvoie à cet égard à ce que disait le juge Linden de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391, à la p. 398: «Cette formulation vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination.» L'essence de ce passage, à mon avis, réside dans l'affirmation que ce n'est pas la discrimination dans son ensemble qui est interdite, mais seulement la discrimination dans le contexte d'une sphère publique d'activité.

53 The analogous provisions of the various Canadian human rights statutes provide an appropriate starting point for an interpretation of s. 8(a). The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5, prohibits discrimination in relation to the "provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public". The prohibitions on discrimination in the British Columbia and Alberta Acts echo the language of "customarily available to the public" (see the *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3; *Alberta Individual's Rights Protection*

Les dispositions analogues des diverses lois canadiennes sur les droits de la personne fournissent un bon point de départ pour l'interprétation de l'al. 8a). L'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, interdit la discrimination relativement à la fourniture «de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public». Les lois de la Colombie-Britannique et de l'Alberta reprennent la formule [TRADUCTION] «habituellement offerts au public» (voir la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3, et l'*Individual's Rights*

Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 3). As noted by Lamer C.J. in *Berg*, the New Brunswick *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1), makes a broader reference to "accommodation, services or facilities available to the public". The Manitoba *Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 13(1), purports to cast a wider net, prohibiting discrimination with respect to "any service, accommodation, facility, good, right, licence, benefit, program or privilege available . . . to the public". Other statutes speak in terms of access to the public: for example the Prince Edward Island statute (*Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 2(1)) uses the language "to which members of the public have access", and Newfoundland (*Human Rights Code*, R.S.N. 1990, c. H-14, s. 6(1)) prohibits discrimination in an accommodation, services, facilities or goods "to which members of the public customarily have access or which are customarily offered to the public" (see also *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 12(1), which is similarly worded, "to which the public is customarily admitted or which are offered to the public"; as is the North West Territories' *Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 4(1), which speaks of "available in any place to which the public is customarily admitted"). Some statutes use the verb "offer" or "provide"; such is the Yukon Act; similarly the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 12, refers to goods and services "ordinarily offered to the public". Finally, Nova Scotia's *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 4, employs a definition of discrimination stated in terms of the denial of "opportunities, benefits and advantages available to other individuals or classes of individuals in society".

The Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 1, is anomalous in its less restrictive prohibition on discrimination. The statute prohibits discrimination in respect of services, with no limit-

Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 3). Comme le fait remarquer le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Berg*, la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, par. 5(1), mentionne plus généralement «le logement, les services et les commodités disponibles au public». Au Manitoba, le *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, par. 13(1), se veut d'application encore plus large en interdisant les pratiques discriminatoires quant à l'obtention «des services, du gîte, des installations, des biens, des droits, des permis et licences, des bénéfices, des programmes ou des privilèges mis à la disposition du public». D'autres lois parlent d'accès au public: ainsi, la loi de l'Île-du-Prince-Édouard (*Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, par. 2(1)) utilise l'expression [TRADUCTION] «auxquels le public a accès», et celle de Terre-Neuve (*Human Rights Code*, R.S.N. 1990, ch. H-14, par. 6(1)) interdit la discrimination dans le logement, les services, les installations ou les biens [TRADUCTION] «auxquels le public a habituellement accès ou qui sont habituellement offerts au public» (voir également *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, par. 12(1), dont la formulation est semblable: [TRADUCTION] «auxquels le public est habituellement admis ou qui sont offerts au public», ainsi que la *Loi prohibant la discrimination* des Territoires du Nord-Ouest, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, par. 4(1), où l'on retrouve les termes «se trouvant dans un endroit où le public est ordinairement admis»). Certaines lois parlent d'«offre» ou de «fourniture», telle la loi du Yukon; de même, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, art. 12, parle des biens et services «ordinairement offerts au public». Enfin la *Human Rights Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 4, utilise une définition de la discrimination qui est formulée en termes de privation de [TRADUCTION] «possibilités, avantages et bénéfices offerts à d'autres personnes ou catégories de personnes dans la société».

Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 1, constitue une anomalie par son interdiction moins restrictive de la discrimination. Cette loi interdit en effet les pratiques

ing words. I do not intend to deal with the Ontario statute in more depth, and will simply repeat the language employed by Lamer C.J. in *Berg* that “differences in wording . . . should not obscure the essentially similar purposes of such provisions” (p. 373). The Court is not faced with the interpretation of Ontario’s statute in this appeal. Such interpretation is appropriately left for another day.

discriminatoires relativement aux services, sans termes restrictifs. Je ne m’attarderai pas davantage sur la loi ontarienne, et je me bornerai à reprendre les propos du juge en chef Lamer dans l’arrêt *Berg* selon lesquels «les différences de formulation [. . .] ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions» (p. 373). La Cour n’a pas à se prononcer sur l’interprétation de la loi de l’Ontario dans le présent pourvoi. C’est une tâche qu’il convient de remettre à un autre jour.

55

What is to be gleaned from these various provisions is that they all prohibit discrimination with respect to services that are offered to the public, or to which the public has access or to which it is admitted. There is, therefore, a requisite public relationship between the service provider and the service receiver, to the extent that the public must be granted access to or admitted to or extended the service by the service provider. There is a transitive connotation from the language employed by the various provisions; it is not until the service, accommodation, facility, etc., passes from the service provider and has been held out to the public that it attracts the anti-discrimination prohibition. (Specifically the Yukon Act speaks of “when” the services, goods or facilities are provided to the public.) I note that my colleague L’Heureux-Dubé J. discusses the French version which employs “*relativement à*” in place of “when” (para. 140). In light of the ambiguity of meaning inherent in that phrase, the clear English version is to be preferred. This is all the more compelling when one recalls the importance of developing an interpretation that is consistent with other Canadian human rights statutes. This is consistent with and reinforced by the common purpose that underlies these provisions: the elimination of discrimination in enterprises that serve the public. In relation to this common purpose, it needs to be said, however, that an enterprise need not purport to serve the public before a service it offers to the public is caught within the scope of s. 8(a), or analogous provisions. For, indeed it would be simple for an enterprise to purport not to serve the public, and then to engage in the provision of services to the public in a discriminatory manner. The intention of the enterprise should not be determinative of whether

Ce qu’il faut retenir de ces diverses dispositions, c’est que toutes interdisent les pratiques discriminatoires relativement à des services qui sont offerts au public, ou auxquels le public a accès ou encore où il est admis. Une relation publique est donc requise entre le fournisseur du service et le bénéficiaire de ce service dans la mesure où le public doit se voir accorder l’accès ou l’admission, ou offrir le service par le fournisseur. La formulation des dispositions a une connotation transitive; ce n’est qu’une fois que le service, le logement, l’installation, etc., passe par le fournisseur et qu’il est mis à la disposition du public qu’il est visé par l’interdiction de la discrimination. (La loi du Yukon utilise précisément, dans son texte anglais, la conjonction «*when*» (lorsque) pour parler du moment où les services, biens ou installations sont fournis au public.) Je remarque que ma collègue le juge L’Heureux-Dubé examine le texte français où est employée l’expression «*relativement à*» pour «*when*» (par. 140). Vu l’ambiguïté inhérente à cette expression, il y a lieu de préférer le texte clair de la version anglaise. Cette préférence est d’autant plus impérieuse quand on se rappelle l’importance d’adopter une interprétation compatible avec d’autres lois canadiennes en matière de droits de la personne. Cela est conforme à la fin commune qui sous-tend ces dispositions, savoir l’élimination de la discrimination dans les entreprises qui servent le public, et vient la renforcer. Eu égard à cette fin commune, précisons toutefois qu’il n’est pas nécessaire qu’une entreprise soit censée servir le public pour qu’un service qu’elle offre soit visé par l’al. 8a) ou une disposition analogue. Car il serait en effet facile pour une entreprise de prétendre ne pas servir le public, pour ensuite se livrer à des pratiques discriminatoires dans la prestation de ser-

a service offered by the enterprise is in fact offered to the public. What is equally important is that a determination under s. 8(a) should not be centred upon the nature of the enterprise or the service provider, but more accurately, upon the service being offered. In this regard, the analysis becomes service-driven.

The wording of s. 8(a) and its analogous provisions offers no indication of the types of services that will fall within the scope of the prohibition against discrimination. Consequently, to determine what services are caught by s. 8(a), it is necessary to examine the jurisprudence.

In this Court's recent decision in *Berg*, Lamer C.J. developed an approach under s. 3 of the British Columbia Act, the analogous provision to s. 8(a) of the Yukon Act. There a graduate student was denied a key and rating sheet because of her mental disability. The student filed a complaint alleging discrimination by the university in services "customarily available to the public". It was conceded that the key and rating sheet constituted services, so the real issue was whether these services were customarily available to the public. Writing for the majority, Lamer C.J. found that the word "public" should be defined in relational as opposed to quantitative terms. Every service has its own public, to be defined through the use of non-discriminatory eligibility criteria. It is not, however, all of the activities of a service provider that are subject to the prohibition against discrimination. Lamer C.J. stated (at p. 382) the key question as being "Can the legislature have intended that such activity would not be subject to scrutiny under the Act?" He found that a principled approach is to be taken, on the basis of the relationship created by the service provider and the service user; only those activities that create a public relationship between the service provider and the service user are caught by the Act.

vices au public. L'intention de l'entreprise ne devrait pas être déterminante quant à la question de savoir si le service qu'elle offre est de fait offert au public. Il importe également que la conclusion sous le régime de l'al. 8a) ne soit pas fondée sur la nature de l'entreprise ou du fournisseur du service, mais plus exactement sur le service offert. En ce sens, c'est le service qui fonde l'analyse.

La formulation de l'al. 8a) et des dispositions analogues n'offre aucune indication quant aux types de services susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction de la discrimination. Il faut donc examiner la jurisprudence pour savoir quels sont les services visés par cet alinéa.

Dans le récent arrêt *Berg* de notre Cour, le juge en chef Lamer a élaboré son analyse au regard de l'art. 3 de la loi de la Colombie-Britannique, une disposition analogue à l'al. 8a) de la loi du Yukon. Dans cette affaire, une étudiante de deuxième cycle s'était vue refuser une clé et un formulaire d'évaluation en raison de sa déficience mentale. Elle a déposé une plainte dans laquelle elle a allégué la discrimination dont l'université aurait fait preuve relativement à des services «habituellement offerts au public». Il a été admis que la clé et le formulaire d'évaluation constituaient des services, de sorte que la véritable question était de savoir si ces services étaient habituellement offerts au public. Au nom de la Cour à la majorité, le juge en chef Lamer a estimé que le mot «public» devait être défini en termes relationnels et non en termes quantitatifs. Chaque service a son propre public, qu'il convient de définir au moyen de critères d'admissibilité non discriminatoires. Ce ne sont toutefois pas toutes les activités d'un fournisseur de services qui seront visées par l'interdiction de la discrimination. Selon le juge en chef Lamer, la question clé consiste à se demander «si la législature peut avoir voulu qu'une telle activité ne soit pas assujettie à un examen fondé sur la Loi» (p. 382). Il s'est prononcé en faveur d'une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation créée par le fournisseur de services et l'utilisateur des services, seules les activités qui créent une relation publique entre le fournisseur du service et son usager étant assujetties à la Loi.

56

57

58

According to Lamer C.J., “[t]he crux of the determination in these appeals is the nature of the services themselves and the relationship they establish” (p. 387). It is, in my view, essential to such a determination that the nature of the service is the context within which the relationship must be considered. It is important to avoid an analysis that inquires into the nature of the relationship first and in a manner abstracted from the services in question. Such an analysis could lead to a finding that an intimate and apparently private organization maintained only private relationships, when in fact, it did offer some services to the public. Thus, the correct approach is to identify the service in question, and then to determine whether that service gives rise to a public relationship between the service provider and the service user.

59

In the context of examining what other courts have found to constitute “services”, Lamer C.J. in *Berg* reviewed the decision of this Court in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, in which Martland J. stated, at p. 455, “[s]ervice refers to such matters as restaurants, bars, taverns, service stations, public transportation and public utilities”. Decisions of lower courts and tribunals provide further assistance in the task of fleshing out the meaning of “services” within provisions akin to s. 8(a). In *Anvari v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1991), 14 C.H.R.R. D/292 (Can. Rev. Trib.), the consideration of applications for landed immigrant status under a program to assist Iranian nationals in Canada was found to constitute services customarily available to the public within the meaning of s. 5 of the *Canadian Human Rights Act*. In *Rogers v. Newfoundland (Department of Culture, Recreation and Youth)* (1991), 15 C.H.R.R. D/375, the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division upheld the decision of an *Ad Hoc* Commission that access to and participation in the big game hunting licence system amounted to a service available in a place to which the public is customarily admitted. What these cases illustrate is the broad range of activities that may constitute services generally available, or offered to the public. What they do not provide is an exhaustive list

Selon le juge en chef Lamer, «[l]e point crucial à trancher dans les présents pourvois concerne la nature des services eux-mêmes et la relation qu’ils établissent» (p. 387). Or, à mon avis, il est essentiel pour une telle détermination que la nature du service soit le contexte dans lequel la relation est examinée. Il importe d’éviter de procéder à une analyse qui s’attacherait d’abord à la nature de la relation tout en faisant abstraction des services en cause. Une telle analyse pourrait mener à la conclusion qu’un organisme en apparence privé et intime n’entretenait que des relations privées, alors qu’il offrait en fait certains services au public. En conséquence, l’analyse appropriée consiste à définir le service en cause, et à déterminer si ce service donne naissance à une relation publique entre le fournisseur et l’utilisateur du service.

Procédant, dans *Berg*, à une revue jurisprudentielle du terme «services», le juge en chef Lamer a réexaminé l’arrêt de notre Cour *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, dans lequel le juge Martland a dit, à la p. 455, que le mot «[s]ervices renvoie aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-services, aux transports et aux services publics». Les décisions des instances inférieures apportent aussi leur éclairage dans l’interprétation de ce mot dans des dispositions semblables à l’al. 8a). Dans *Anvari c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)* (1991), 14 C.H.R.R. D/292 (Trib. app. can.), l’examen de demandes de statut d’immigrant reçu en vertu d’un programme destiné aux ressortissants iraniens au Canada a été considéré comme un service destiné au public au sens de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans la décision *Rogers c. Newfoundland (Department of Culture, Recreation and Youth)* (1991), 15 C.H.R.R. D/375, la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve a confirmé la décision d’une commission spéciale portant que l’accès et la participation au régime de permis de chasse au gros gibier constituaient un service offert dans un endroit où le public est habituellement admis. Si elles illustrent la vaste gamme d’activités pouvant constituer des services généralement offerts au public, ces décisions ne fournissent tou-

of activities that may fall within the scope of s. 8(a). Ultimately, the determination must turn on the facts placed before the court in a given case.

The major issue left open by the *Berg* decision is precisely how “public relationship” is to be defined. Lamer C.J. did provide some parameters to this expression, though he did so largely implicitly rather than overtly. For example, in finding that the nature of the relationship between the university and its students was “a very public relationship”, he observed that the students “have in common only their admission to the School, and they will usually present a microcosm of Canadian society” (p. 387). The lack of a private selectivity process and the diversity of the students inferentially informed his finding that the relationship in question was public. The absence of discretionary personal selection in the provision of a service supported the finding that the service was customarily available to the public, in *Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Alta. Bd. Inq.), a case to which Lamer C.J. referred in *Berg*. These criteria alone, however, are not conclusive of the matter of whether a public relationship is borne out.

For additional guidance on which criteria may be useful in defining a “public relationship”, it is instructive to consider the American experience. The American authorities have developed a distinction between private and public associations, in cases involving a conflict between state anti-discrimination legislation and the constitutional freedom of association of members of a “private organization”. I note at the outset that the American approach is distinct from that of Canadian courts. The American jurisprudence arises in the context of determining whether an organization is sufficiently private to warrant constitutional protection of its freedom of association against state anti-discrimination legislation. Freedom of association is not expressly guaranteed by the American constitution. Rather, it has been derived from, and receives constitutional protection as a fundamental

tefois pas une liste exhaustive des activités susceptibles de tomber sous le coup de l’al. 8a). En définitive, la décision doit être fonction des faits soumis à la cour dans une espèce donnée.

La principale question laissée en suspens dans l’arrêt *Berg* a trait précisément à la définition qu’il convient de donner à l’expression «relation publique». Le juge en chef Lamer a certes fourni certains paramètres, mais de façon plus implicite qu’explicite. Ainsi, en concluant à l’existence d’«une relation très publique» entre l’université et ses étudiants, il a fait observer que ces derniers «n’ont en commun que leur admission à l’École et [qu’]ils représentent ordinairement un microcosme de la société canadienne» (p. 387). C’est l’absence d’un processus privé de sélection et la diversité des étudiants qui l’ont conduit, par inférence, à conclure au caractère public de la relation. L’absence de sélection personnelle discrétionnaire dans la prestation d’un service a étayé la conclusion que le service était habituellement offert au public dans la décision *Singh c. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Comm. d’enq. Alb.), que cite le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Berg*. Cependant, ces critères à eux seuls ne sont pas concluants lorsqu’il s’agit de déterminer l’existence d’une «relation publique».

Pour d’autres indications sur les critères susceptibles d’éclairer la définition de l’expression «relation publique», il est instructif d’examiner l’expérience américaine. La jurisprudence y a établi une distinction entre associations privées et associations publiques dans des cas mettant en cause un conflit entre des lois antidiscriminatoires des États et le droit constitutionnel à la liberté d’association de membres d’un «organisme privé». Soulignons au départ que l’approche américaine se distingue de celle des tribunaux canadiens. La jurisprudence américaine s’est développée dans le contexte de savoir si un organisme possède un caractère suffisamment privé pour justifier la protection constitutionnelle de sa liberté d’association contre les lois antidiscriminatoires des États. La liberté d’association n’est pas expressément garantie par la Constitution américaine. La protection constitutionnelle

element of personal liberty. It has also been recognized in the sense of a right to associate for the purpose of advancing other constitutional freedoms, including speech, assembly and religion.

qu'on lui a octroyée découle de sa reconnaissance comme élément fondamental de la liberté individuelle. Elle a aussi été reconnue comme droit de s'associer en vue de promouvoir d'autres libertés constitutionnelles, telles les libertés d'expression, de réunion et de religion.

62 It must also be noted in the American cases that undertake the private-public distinction analysis, the United States Supreme Court was considering the distinction in terms of whether the particular club or organization is private or public. If the organization is found to be private, then it warrants constitutional protection from state interference, a protection that recognizes the emotional development and self-realization that is drawn from intimate private associations with others. The focus appears to be on the nature of the organization itself and whether it is private or public, rather than on the particular service provided by the organization. In this respect, the American approach strays some distance from the Canadian approach as enunciated in *Berg*, where it is the relationship created by the service that must be public in order for the human rights legislation to have application. In Canada, the legislatures have preferred to refrain from a distinction between private and public associations for the purpose of determining the applicability of human rights legislation. Further, Canadian legislators have preferred to avoid the classification of an organization or club as "private" thereby immunizing it from such legislation. This difference between the American and Canadian approaches is significant. Where the difference between the American and the Canadian approaches is obscured, however, is in relation to the intervener's argument that membership itself is a service offered to the public, a point to which I shall return.

Soulignons également que, dans les décisions américaines où s'est élaborée l'analyse fondée sur la distinction privé/public, la Cour suprême des États-Unis a abordé la question sous l'angle du caractère privé ou public d'un club ou organisme particulier. Si l'on conclut au caractère privé, l'organisme a alors droit à la protection constitutionnelle contre l'ingérence de l'État, protection sanctionnant le développement affectif et l'épanouissement que procure l'association intime avec autrui. L'accent paraît donc mis sur la nature de l'organisme lui-même et sur son caractère privé ou public, plutôt que sur le service particulier qu'il fournit. À cet égard, la conception américaine s'éloigne quelque peu de la conception canadienne telle qu'exposée dans l'arrêt *Berg*, savoir que c'est la relation créée par le service qui doit être publique pour que s'appliquent les lois sur les droits de la personne. Au Canada, les législatures ont préféré s'abstenir de distinguer entre associations privées et publiques aux fins de l'applicabilité de leurs lois en la matière. De plus, les législateurs canadiens ont préféré éviter de classer un organisme ou un club comme «privé», et de l'immuniser ainsi contre de telles lois. Cette différence entre les conceptions américaine et canadienne est significative. Il y a un point cependant où elle est obscure, et c'est quant à l'argument de l'intervenant selon lequel l'appartenance à l'organisme est en soi un service offert au public. J'y reviendrai.

63 Finally, this Court has been reluctant to wholeheartedly adopt American constitutional jurisprudence. Nonetheless, for the limited purpose of informing our notion of what constitutes a "public relationship" in the area of human rights, it is apposite to consider how the American courts have dealt with the issue of private versus public organizations. Given this limited purpose for which the

Enfin, notre Cour s'est montrée réticente à adopter d'emblée la jurisprudence constitutionnelle américaine. Toutefois, aux seules fins d'éclairer la notion de «relation publique» dans le domaine des droits de la personne, il n'est pas inutile d'examiner la façon dont les tribunaux américains ont analysé la question du caractère privé ou public d'un organisme. Vu cet emploi restreint de la jurispru-

American authorities are relevant on this appeal, I do not intend to undertake a comprehensive review, but will simply discuss the criteria American courts apply in determining whether an organization is private or public.

The leading authority is *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984). That case involved a consideration of the Jaycees, a non-profit national membership corporation whose objective was “to pursue such educational and charitable purposes as will promote and foster the growth and development of young men’s civic organizations” (p. 612). The Jaycees, after being ordered by the Minnesota Department of Human Rights to accept women as members, argued that the state human rights legislation violated the constitutional rights of their members. In rejecting this argument, the Supreme Court of the United States identified two distinct types of constitutionally protected association — intimate association and expressive association. It then reviewed the types of relationships that warrant “a substantial measure of sanctuary from unjustified interference by the State” (p. 618). With respect to the right to intimate association, the court held that the “sanctuary” was restricted to highly personal relationships, which were exemplified by marriage and other family relationships. Brennan J., for the court, stated (at pp. 619-20):

Family relationships, by their nature, involve deep attachments and commitments to the necessarily few other individuals with whom one shares not only a special community of thoughts, experiences, and beliefs but also distinctively personal aspects of one’s life. Among other things, therefore, they are distinguished by such attributes as relative smallness, a high degree of selectivity in decisions to begin and maintain the affiliation, and seclusion from others in critical aspects of the relationship.

The judgment makes clear, however, that other associations having attributes of the kind listed in this passage would also warrant constitutional protection. The Jaycees did not fit within this category. Because of the broad range of human rela-

dence américaine dans le présent pourvoi, je n’entends pas en faire un examen exhaustif. J’examinerai simplement les critères qui y sont appliqués pour déterminer si un organisme est privé ou public.

L’arrêt de principe est *Roberts c. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984). Cette affaire mettait en cause les Jaycees, organisme national à but non lucratif dont l’objet était de [TRADUCTION] «poursuivre les fins éducatives et charitables propres à promouvoir et à favoriser la croissance et le développement d’organismes communautaires de jeunes hommes» (p. 612). Après que le département des droits de la personne du Minnesota leur eut ordonné d’accepter des femmes dans leurs rangs, les Jaycees ont fait valoir que les lois sur les droits de la personne portaient atteinte aux droits constitutionnels de leurs membres. Rejetant ce moyen, la Cour suprême des États-Unis a distingué deux types d’association jouissant de la protection constitutionnelle — l’association intime et l’association expressive. Elle a ensuite examiné les types de relations qui justifient la reconnaissance [TRADUCTION] «d’une large protection contre l’ingérence injustifiée de l’État» (p. 618). En ce qui concerne le droit à l’association intime, la cour a conclu que cette «large protection» se limitait à des relations très personnelles, telles les relations au sein du mariage et de la famille. Le juge Brennan s’est exprimé ainsi au nom de la cour (aux pp. 619 et 620):

[TRADUCTION] Les relations familiales supposent, par nature, un attachement et un engagement profonds envers les personnes forcément peu nombreuses avec lesquelles on partage non seulement une communauté spéciale de pensées, d’expériences et de convictions, mais aussi des aspects personnels particuliers de notre vie. Ces relations se caractérisent donc entre autres par leur caractère relativement restreint, un fort degré de sélectivité dans les décisions relatives à l’instauration et au maintien de l’affiliation, et l’isolement dans les moments critiques de la relation.

Il ressort toutefois clairement du jugement qu’il serait justifié que d’autres associations ayant des attributs de même nature bénéficient également de la protection constitutionnelle. Les Jaycees n’appartenaient pas à cette catégorie. Étant donné le

tionships, the court reasoned, determining which associations fall within or outside constitutional incursions by the state requires a careful assessment of where a particular relationship's objective characteristics locate it on the spectrum between the polar extremes of family associations and large commercial enterprises.

vaste éventail des relations humaines, a dit la cour, il faut, pour déterminer quelles sont les associations soumises aux empiétements constitutionnels de l'État, évaluer soigneusement où se situe une relation donnée, compte tenu de ses caractéristiques objectives, dans la gamme allant des associations familiales aux grandes entreprises commerciales.

65 With these considerations in mind, Brennan J. noted the following features respecting the Jaycees: that it is a large, basically unselective organization and, apart from age and sex, employs no criteria for membership, admits non-members to a significant portion of its activities, and lacks distinctive characteristics. He concluded that these features "clearly place the organization outside of the category of relationships worthy of this kind of constitutional protection" (p. 620). With regard to the right to expressive association, the court concluded that the state had a compelling interest in ensuring that women have equal access to leadership skills, business contacts and employment opportunities offered by the Jaycees. Furthermore, the Court found no evidence that the inclusion of women as members would impede the organization's ability to engage in protected expressive activity.

Ces considérations à l'esprit, le juge Brennan a décrit ainsi les Jaycees: un organisme de taille importante, essentiellement non sélectif, pour lequel il n'existe aucun critère d'adhésion hormis l'âge et le sexe, qui admet des non-membres à une proportion importante de ses activités et est dépourvu de caractère distinctif. Il a conclu que ces éléments [TRADUCTION] «excluaient clairement l'organisme de la catégorie des relations justifiant ce type de protection constitutionnelle» (p. 620). En ce qui concerne le droit à l'association expressive, la cour a conclu que l'État avait un intérêt prépondérant à veiller à ce que les femmes aient accès, en toute égalité, à l'expertise en matière de leadership, aux contacts d'affaires et aux occasions d'emploi qu'offrent les Jaycees. De plus, selon la cour, rien dans la preuve n'établissait que l'inclusion de femmes nuirait à la capacité de l'organisme d'exercer une activité expressive protégée.

66 *Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987), confirmed the application of the criteria from *Jaycees* to the determination of whether an organization is sufficiently private to attract constitutional protection. The United States Supreme Court stated that consideration must be given to factors such as size, purpose, selectivity, and participation of strangers in the club's activities. In the more recent decision of the Supreme Court of the United States in *New York State Club Assn. v. New York City*, 487 U.S. 1 (1988), some of the activities of the clubs involved were found to be demonstrative of a "commercial" nature "where business deals are often made and personal contacts valuable for business purposes, employment and professional advancement are formed" (p. 12), thereby removing the clubs from status as private clubs and subjecting them to the state human rights legislation. On the other hand,

L'arrêt *Board of Directors of Rotary Int'l c. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987), a confirmé l'application des critères de l'arrêt *Jaycees* aux fins de déterminer si un organisme possède un caractère suffisamment privé pour justifier la protection constitutionnelle. La Cour suprême des États-Unis a en effet dit qu'il fallait prendre en considération des facteurs tels la taille, l'objet, la sélectivité et la participation d'étrangers aux activités du club. Dans un arrêt plus récent, *New York State Club Assn. c. New York City*, 487 U.S. 1 (1988), la Cour suprême des États-Unis a conclu que certaines activités des clubs en cause témoignent de leur caractère «commercial» en ce qu'elles constituent l'occasion où [TRADUCTION] «des affaires sont souvent conclues et où se nouent des contacts personnels importants pour les affaires, l'emploi et l'avancement professionnel» (p. 12), ce qui leur enlève le statut de club privé et les assujettit aux

the court made it clear that benevolent orders organized “solely for the benefit of (their) membership and their beneficiaries” (p. 17) — what Scalia J. described (at p. 21) as “lodges or fraternal organizations” — are not “public” organizations.

A summary of the factors deemed to be relevant by American courts in determining which organizations are sufficiently private to warrant constitutional protection of their intimate association is as follows: size, selectivity, purpose, involvement of non-members in the activities of the organization, commercial nature and deep attachments and commitments on the part of members to other members of the organization or association. Essentially, the more intimate and personal the nature of the relationship among the members, the more likely it is that the organization will be characterized as “private”. As mentioned earlier, these various factors seem to me to be relevant in the interpretation of Canadian human rights legislation in considering whether membership in an organization or association constitutes a service offered or provided to the public under s. 8(a) of the Act.

A proper interpretation of s. 8(a), for the purposes of this appeal, is one which gives rise to a two-part analysis. The first step in the analysis involves a determination of what constitutes the “service”, based on the facts before the court. Having determined what the “service” is, the next step requires a determination of whether the service creates a public relationship between the service provider and the service user. Inherent in this determination is a decision as to what constitutes “the public” to which the service is being offered, recalling that public is to be defined in relational as opposed to quantitative terms. In ascertaining a “public relationship” arising from a service, criteria including, but not limited to, selectivity in the provision of the service, diversity in the public to whom the service is offered, involvement of non-members in the service, whether the service is of a commercial nature, the intimate nature of the service and the purpose of offering the service will all

lois des États en matière de droits de la personne. En revanche, la cour a dit clairement que les ordres de bienfaisance organisés [TRADUCTION] «uniquement au profit de leurs membres et de leurs bénéficiaires» (p. 17) — que le juge Scalia a appelé des [TRADUCTION] «loges ou des organismes fraternels» (p. 21) — ne sont pas des organismes «publics».

Voici en résumé les facteurs que les tribunaux américains ont jugé pertinents pour déterminer si des organismes possèdent un caractère suffisamment privé pour justifier la protection constitutionnelle de leur association intime: la taille, la sélectivité, l’objet, la participation de non-membres à ses activités, la nature commerciale ainsi que la profondeur de l’attachement et de l’engagement liant entre eux les membres de l’organisme ou de l’association. Essentiellement, plus la relation entre les membres est intime et personnelle, plus forte est la probabilité que l’organisme soit considéré comme «privé». Comme je l’ai dit précédemment, ces divers facteurs me semblent pertinents pour l’interprétation des droits de la personne au Canada, savoir si l’appartenance à un organisme ou à une association constitue un service offert ou fourni au public au sens de l’al. 8a) de la Loi.

Aux fins du présent pourvoi, l’interprétation appropriée de l’al. 8a) suppose une analyse à deux volets. Dans un premier temps, il faut déterminer en quoi consiste le «service», compte tenu des faits soumis à la cour. Une fois qu’on a établi en quoi consiste le «service», il faut, dans un deuxième temps, déterminer si ce service crée une relation publique entre le fournisseur et l’utilisateur. Pour ce faire, il est indispensable de définir en quoi consiste «le public» à qui le service est offert, étant acquis que cette définition doit être d’ordre relationnel et non quantitatif. Pour vérifier si le service donne lieu à une «relation publique», les critères suivants seront tous pertinents, sans être exhaustifs, savoir la sélectivité dans la prestation du service, la diversité du public à qui il est destiné, la participation de non-membres, son caractère commercial ou non, sa nature intime et son objet. Je tiens à souligner qu’aucun de ces critères n’est déterminant; par exemple, le simple fait qu’une

67

68

be relevant. I would emphasize that none of these criteria operate determinatively; for example, the mere fact that an organization is exclusive with respect to the offering or providing of its service does not necessarily immunize that service from the reach of anti-discrimination legislation. A public relationship is to be determined by examining the relevant factors in a contextual manner.

The Appellant's Position

69 Having determined the appropriate approach to interpreting s. 8(a), I will now deal with the argument of the appellant. As noted in the Court of Appeal, the appellant does not complain that the Order discriminated against her in the course of providing its collection of Yukon history to the public, and no such discrimination is apparent from the agreed statement of facts. The provision of the collection of Yukon history recorded by the Order is available to all members of the public without discrimination. The appellant complains, rather, that she suffered discrimination as a result of the collection and recording of the history by the exclusively male Order. Thus the question before us is whether the collection and preservation of Yukon history by the Order's historians are services offered or provided to the public. I am prepared to accept that the collection and preservation of Yukon history constitute "services". The real question, then, is whether these services give rise to a public relationship.

70 In my view, the collection and recording of historical material by the Order do not give rise to a public relationship. The agreed statement of facts clearly supports this view. The collection and recording of "the literature and incidents of Yukon's history" are performed by the Order's historian, Mr. Laurent Cyr, who does so voluntarily. There is no evidence that the Order makes its facilities for collection and recording of Yukon history available to the public. In fact, there is no evidence that any one but the Order's historians, and specifically Mr. Cyr, are involved in the collection and recording of the historical record; participation in these services is absolutely selective. As

organisation offre ou fournisse son service de façon exclusive ne met pas nécessairement ce service à l'abri des lois antidiscriminatoires. Une relation publique doit être déterminée par un examen des critères pertinents en fonction du contexte.

La position de l'appelante

Ayant défini le mode d'interprétation approprié de l'al. 8a), j'analyserai maintenant la prétention de l'appelante. Comme l'a souligné la Cour d'appel, l'appelante ne prétend pas que l'Ordre a fait preuve de discrimination envers elle en donnant au public accès à sa collection d'histoire du Yukon, et aucune discrimination de cette nature ne ressort de l'exposé conjoint des faits. La collection d'histoire du Yukon constituée par l'Ordre est à la disposition du public en général, sans discrimination. L'appelante se plaint par contre d'avoir subi une discrimination du fait de la collecte et de la compilation de données historiques par un ordre composé exclusivement d'hommes. Ainsi, la question que nous devons trancher est de savoir si la collecte et la conservation de l'histoire du Yukon constituent un service offert ou fourni au public. Je suis disposé à reconnaître que la collecte et la conservation de l'histoire du Yukon par les historiens de l'Ordre constituent un «service». La question véritable est donc de savoir si ce service donne lieu à une relation publique.

À mon avis, la collecte et la compilation de documents historiques par l'Ordre ne donnent pas lieu à une relation publique, tel qu'il appert manifestement de l'exposé conjoint des faits. La collecte et la compilation [TRADUCTION] «de documents et d'anecdotes concernant l'histoire du Yukon» relèvent de l'historien de l'Ordre, M. Laurent Cyr, qui effectue ses travaux bénévolement. Rien dans la preuve ne permet de conclure que l'Ordre met à la disposition du public ses installations destinées à la collecte et à la compilation de données sur l'histoire du Yukon. En fait, rien n'indique que d'autres que les historiens de l'Ordre, et plus précisément M. Cyr, œuvrent à la collecte et à

Wachowich J. observed in reviewing this matter (at p. 673):

There is no evidence that Mr. Cyr or the Pioneers as a group offer this or any similar service to the *public*. What is undertaken by Mr. Cyr is presumably undertaken out of personal interest, as a service to the *Pioneers* in his capacity as their "historian". [Emphasis in original.]

The Order does not provide general research facilities to the public nor does it involve the public in its historical research in any other way; the preparation of its historical data is purely private.

A review of the specific activities performed by Mr. Cyr details the nature of the collection and recording of Yukon history undertaken by the Order and affirms the private character of these services. From the agreed statement of facts, Mr. Cyr, we saw, engages in the following activities:

- (a) responds to requests from the public for information on the Order's past members and on the history of the Order;
- (b) provides historical data, records and materials on the Order and its members to the Yukon Archives;
- (c) solicits information on the history of the Order and its members from members and other individuals and organizations;
- (d) collects data, records, photos and other historical material respecting the Order and its members.

The only services that implicate the public are those of providing the historical data, records and materials to the public, responding to the public's requests for information and soliciting information from the public. The collection and recording of the history does not engage the public in any way. Section 8(a) does not purport to cover these services.

la compilation des données historiques; la participation à ces services est entièrement sélective. Comme l'a fait observer le juge Wachowich en examinant ce point (à la p. 673):

[TRADUCTION] Rien dans la preuve n'indique que M. Cyr ou les pionniers en tant que groupe offrent ce service ou un service similaire au *public*. L'initiative de M. Cyr est probablement le fruit d'un intérêt personnel, un service qu'il rend *aux pionniers* à titre d'«historien» du groupe. [En italique dans l'original.]

L'Ordre ne fournit pas d'installations générales de recherche au public et ne sollicite d'aucune autre façon la participation du public dans ses recherches historiques; la préparation des données historiques est purement privée.

L'examen des activités particulières de M. Cyr permet de préciser la nature de la collecte et de la compilation par l'Ordre de données sur l'histoire du Yukon et de confirmer le caractère privé de ces services. Suivant l'exposé conjoint des faits, M. Cyr, nous l'avons vu, exerce les activités suivantes:

[TRADUCTION]

- a) répondre aux demandes de renseignements du public sur les anciens membres de l'Ordre et sur son histoire;
- b) fournir aux Archives du Yukon des données, des dossiers et des documents historiques sur l'Ordre et ses membres;
- c) solliciter des renseignements sur l'histoire de l'Ordre et de ses membres auprès de membres et d'autres personnes et organismes;
- d) recueillir des données, dossiers, photos et autres documents historiques concernant l'Ordre et ses membres.

Les seuls services qui supposent la participation du public sont ceux ayant trait à la fourniture au public de données, de dossiers et de documents historiques, aux réponses aux demandes de renseignements du public et à la sollicitation de renseignements auprès du public. La collecte et la compilation de données historiques, quant à elles, ne requièrent d'aucune façon la participation du public. L'alinéa 8a) ne vise donc pas ces services.

72

The appellant contends that since the historical record is made available to the public and to the Yukon Archives, the preparation of this historical record constitutes providing a service to the public within the meaning of the Act. Section 8(a), she adds, should encompass discrimination in the process of creating the historical record. Having already found that the collection and recording of the history by the Order is not a service offered to the public, I shall now consider whether the service of providing the historical record to the public encompasses the collection and recording of that record, for the purpose of s. 8(a).

73

I cannot accept the interpretation of provision of services the appellant encourages the Court to adopt. To do so would require reading s. 8(a) along the following lines: "No person shall discriminate in the preparation and collection of services, goods, or facilities provided to the public." Since "goods or facilities" are included in the provision, this would mean that every time some organization offered, say, food or assistance to members of the public, it would have to involve the public in collecting or preparing these services. It seems to me that simply requiring that the historical services supplied to the public be made freely and equally accessible to every individual without discrimination on the prohibited grounds fully conforms with the stated object of the Act "to further in the Yukon the public policy that every individual is free and equal in dignity and rights" (s. 1(1)(a)). And as already noted, there was no allegation raised in this appeal of discrimination in making these services available to the public by the Order.

74

Further considerations support this interpretation. As frequently stated, a provision in a statute must be read in the context of the statute as a whole. Undertaking a contextual look at s. 8(a) of the Act, it is apparent from the stated objects of the Act that the legislature chose to give meaning to and protect the "equal and inalienable rights of all members of the human family". This object is advanced in the "Bill of Rights" portion of the Act, where special recognition is given to the right of every individual and every group to freedom of

L'appelante soutient que, étant donné que les dossiers historiques sont mis à la disposition du public et des Archives du Yukon, la préparation de ces dossiers constitue un service offert au public au sens de la Loi. L'alinéa 8a), ajoute-t-elle, devrait englober la discrimination dans le processus de création des dossiers historiques. Ayant déjà conclu que la collecte et la compilation de données historiques par l'Ordre ne sont pas un service offert au public, j'examinerai donc maintenant la question de savoir si le service consistant à fournir des dossiers historiques au public englobe la collecte et la compilation de ces dossiers, aux fins de l'al. 8a).

Je ne puis accepter l'interprétation que l'appelante incite la Cour à adopter. Y acquiescer exigerait que l'al. 8a) soit ainsi rédigé: «Il est interdit de faire preuve de discrimination dans la préparation et la collecte relatives à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations.» Les biens et les installations étant visés, cela signifierait que chaque fois qu'un organisme offre, par exemple, des aliments ou de l'aide au public, il devrait associer celui-ci à la collecte ou à la préparation de ces services. Il me semble qu'il suffit d'exiger que les services historiques fournis au public soient accessibles à chacun, librement et en toute égalité, sans discrimination fondée sur des motifs illicites, pour qu'ils soient pleinement conformes à l'objet proclamé de la Loi, soit «de mettre en œuvre au Yukon le principe de la liberté et de l'égalité de dignité et de droits de chacun» (al. 1(1)a)). Et comme je l'ai fait observer, aucune discrimination dans la mise de ces services à la disposition du public n'est alléguée dans le présent pourvoi.

D'autres considérations étayent cette interprétation. Suivant le principe maintes fois énoncé, une disposition doit être analysée dans le contexte global de la loi dont elle est issue. D'après l'analyse contextuelle de l'al. 8a), il appert des objets énoncés dans la Loi que le législateur a choisi de valoriser et de protéger les «droits égaux et inaliénables» «de tous les membres de la famille humaine». La poursuite de cet objet se concrétise dans la partie «Déclaration des droits» de la Loi, où est reconnu spécialement le droit de chacun —

association, expression and peaceable assembly (ss. 4 and 5 of the Act). What is also apparent is that the legislature chose not to prohibit all forms of discrimination, but only those within the reach of s. 8 of the Act. The legislature had to balance competing rights in determining the scope of prohibited discrimination. In my view, a purposive approach to s. 8(a) is one that seeks to recognize this inherent balancing of rights, while giving effect to the underlying objects of the Act. Section 8(a) should, therefore, be read harmoniously with the rights recognized elsewhere in the Act. Turning, then, to the contention of the appellant, if collection and recording of the history of the Yukon is made subject to s. 8(a) of the Act, a paralysing effect would be felt upon the rights to freedom of expression and association recognized elsewhere in the Act. Such an interpretation would require, for example, a religious organization that made a publication available to the public to ensure that the preparation of the publication involve all religious faiths, to ensure a multifarious publication. This effect would severely restrict the other freedoms recognized in the Act. Such an effect cannot be taken to have been the purpose of the legislature.

The appellant criticized this method of approach, which was adopted by the court below, and contended that the discrimination provisions should be dealt with in isolation from the Bill of Rights provisions. She noted that most human rights statutes in Canada do not contain Bill of Rights provisions. What this argument overlooks, however, is that the courts have always sought to interpret statutes in a manner that does not unduly infringe upon fundamental freedoms. This traditional approach has now been fortified by the enshrinement of these values in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Thus a similar result would follow whether or not these values were directly incorporated in the *Human Rights Act*. I note that the courts in the United States have engaged in similar balancing between prohibited discrimination and fundamental rights such as freedom of association and expression. This, however, is more germane to the issue of whether refusal to admit the appellant to membership is itself dis-

particulier ou groupe — à la liberté d'association, d'expression et de réunion pacifique (art. 4 et 5 de la Loi). Il appert également que la législature a choisi de ne pas interdire toutes les formes de discrimination, mais seulement celles visées à l'al. 8a) de la Loi. Pour déterminer la portée de l'interdiction, elle devait pondérer des droits opposés. À mon avis, une interprétation de l'al. 8a) fondée sur l'objet visé doit, tout en donnant effet aux objets sous-jacents de la Loi, chercher à reconnaître cette pondération inhérente des droits. La lecture de l'al. 8a) devrait donc se faire en harmonie avec les droits reconnus par ailleurs dans la Loi. Pour revenir à la prétention de l'appelante, assujettir la collecte et la compilation de données sur l'histoire du Yukon à l'al. 8a) de la Loi aurait pour effet d'entraver la liberté d'expression et d'association reconnue par ailleurs dans la Loi. Une telle interprétation obligerait, par exemple, un organisme religieux ayant mis une publication en circulation à associer toutes les croyances religieuses à sa préparation pour en assurer la diversité. Cela aurait pour résultat de restreindre gravement les autres libertés reconnues dans la Loi. Or, on ne saurait présumer que telle a pu être l'intention de la législature.

L'appelante a critiqué cette conception, qu'avait retenue l'instance inférieure, en faisant valoir que les dispositions antidiscriminatoires devaient être analysées indépendamment des dispositions déclaratives de droits. Elle a fait remarquer que la plupart des lois sur les droits de la personne au Canada ne contenaient pas de telles dispositions déclaratives. Cette prétention néglige toutefois un point, savoir que les tribunaux ont toujours cherché à interpréter les lois de manière à ne pas porter indûment atteinte aux libertés fondamentales. Cette démarche traditionnelle est dorénavant renforcée par l'inscription de ces valeurs dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Que ces valeurs aient été incluses ou non dans la *Loi sur les droits de la personne*, le résultat serait donc le même. Je note que les tribunaux américains procèdent à un semblable exercice de pondération entre pratiques discriminatoires interdites et droits fondamentaux telle la liberté d'association et d'expression. Cet aspect, toutefois, se rapporte davan-

criminary within the meaning of s. 8(a), a matter I shall discuss later.

76

I have found that the only service offered to the public is the offering or providing of the information gathered by the Order. The appellant contends that through the exclusion of women from the Order, the history of the Yukon will consequently be distorted by creating a male bias. To this I reply that forcing a private organization to compile history in a particular way would have serious implications for the freedom of association and of expression of those who join a particular group for that purpose. The very essence of our Canadian society is determined by the diversity which is permitted to flourish. Those who wish to present a different view of history are free to do so. The Order does not purport to provide the definitive history of the Yukon.

77

In furtherance of this last point, I could understand the force of the argument in some contexts, but I do not think the contention squares with the facts agreed upon by the parties. These indicate that the overriding emphasis of the Order in this field is not to provide a general history of the Yukon but rather "preserving the history of the Order and of its members" (item 8(ix)), which it is agreed (item 8(x)), it provides to the public through the Yukon Archives. The Order does collect more general historical items on Yukon history, but the facts do not establish that the exclusion of women from the Order has resulted in a male bias. Two appendices supplied by the respondent Order have led me to this conclusion. Appendix A provides a lengthy bibliography of sources available on women and the history of women in the Yukon. Appendix B is a bibliography of sources made available to the Yukon Archives by the Order. Consistent with the agreed facts, most of the material contained in Appendix B relates to the Order itself. The conclusion I draw from these appendices is as follows: I do not believe the Order is distorting the general history of the Yukon in its exclusion of women from its membership. The facts presented to this Court con-

tage à la question de savoir si le fait de refuser à l'appelante le statut de membre constitue en soi une pratique discriminatoire au sens de l'al. 8a), question que j'examinerai plus loin.

J'ai conclu que le seul service qui soit offert au public est l'offre ou la fourniture des renseignements recueillis par l'Ordre. L'appelante soutient que, parce que les femmes sont exclues de l'Ordre, l'histoire du Yukon est biaisée en faveur des hommes. À cet argument, je réponds qu'obliger un organisme privé à orienter sa compilation de données historiques dans une certaine voie aurait de graves répercussions sur la liberté d'association et d'expression de ceux qui se joignent à un groupe particulier dans ce but. La société canadienne, dans son essence même, se nourrit de la diversité qui y fleurit. Libre à ceux qui souhaitent présenter une vision différente de l'histoire de le faire. L'Ordre ne prétend pas offrir une version définitive de l'histoire du Yukon.

À l'appui de ce dernier point, cet argument pourrait être convaincant, dans certains contextes, mais je ne crois pas qu'il corresponde en l'espèce aux faits qu'ont exposés conjointement les parties. Ces faits indiquent que l'Ordre met avant tout l'accent dans ce domaine non pas sur l'histoire générale du Yukon mais sur [TRADUCTION] «la conservation de son histoire et de celle de ses membres» (par. 8(ix)), qu'il met, comme il a été admis (par. 8(x)), à la disposition du public par l'entremise des Archives du Yukon. Certes, l'Ordre recueille des données historiques plus générales sur le Yukon, mais les faits n'établissent pas que l'exclusion des femmes de l'Ordre ait entraîné un parti pris en faveur des hommes. Deux annexes produites par l'Ordre intimé m'amènent à cette conclusion. L'annexe A contient une longue bibliographie de sources disponibles sur les femmes et leur histoire au Yukon. L'annexe B consiste en une bibliographie des sources que l'Ordre a mises à la disposition des Archives du Yukon. Conformément à l'exposé conjoint des faits, la majeure partie de l'Annexe B se rapporte à l'Ordre lui-même. Voici la conclusion que je tire de ces annexes: l'Ordre ne déforme pas l'histoire générale du Yukon en excluant les femmes de ses rangs. Les faits soumis

vince me that the history the Order seeks to collect and preserve is primarily a history of the Order and its members. This again is entirely consistent with the agreed statement of facts.

The Intervener's Position

I come now to the intervener's argument that membership in the Order itself constitutes a service offered to the public. That argument, as I understand it, is that the entire spectrum of benefits, opportunities and advantages flowing from membership in the Order constitutes a service offered or provided to the public within the meaning of s. 8(a). I say at the outset that I have no doubt that, in some circumstances, membership as a spectrum of benefits in an organization or club, may constitute a service offered or provided to the public, and thereby require scrutiny of its membership policies under the Act. And this may be so even where the organization is to all appearances private.

A determination that membership in a given organization constitutes a service offered or provided to the public must be kept distinct from a determination that the organization itself is public or private; it is not whether the organization is public that determines whether membership in the organization is a service offered to the public, but rather whether the spectrum of benefits constituting membership is offered to the public. While I have earlier stated that the distinction between a "public" organization and membership that amounts to a service to the public may be obscured in some cases, there are other cases where a seemingly "private" organization offers membership that constitutes a service to the public. Anti-discrimination legislation is intended to ensure equal access to opportunities on the basis of individual merit rather than on the basis of stereotypical assumptions. Courts must be willing to look beyond the seemingly private characteristics of an organization, including its membership policies, to discern whether in reality the organization offers services and opportunities to the public. If an organization's membership does not constitute a ser-

à l'attention de notre Cour me convainquent que l'histoire que l'Ordre cherche à colliger et à conserver est principalement l'histoire de l'Ordre lui-même et de ses membres. Encore une fois, cela est entièrement conforme à l'exposé conjoint des faits.

La position de l'intervenant

J'en viens à l'argument de l'intervenant selon lequel l'appartenance à l'Ordre constitue en soi un service offert au public. Si je ne m'abuse, l'intervenant soutient ainsi que toute la gamme des bénéfices, occasions et avantages découlant de l'appartenance à l'Ordre constitue un service offert ou fourni au public au sens de l'al. 8a). Disons d'abord qu'il ne fait aucun doute dans mon esprit que, dans certaines circonstances, l'appartenance à un organisme ou à un club en tant que source d'avantages peut effectivement constituer un service offert ou fourni au public et nécessiter, de ce fait, l'examen de la politique d'adhésion de cet organisme ou club en regard de la Loi. Et cela même si l'organisme a, selon toute apparence, un caractère privé.

La conclusion selon laquelle l'appartenance à un organisme donné constitue un service offert ou fourni au public doit être distincte de la conclusion portant que l'organisme lui-même est à caractère public ou privé; ce n'est pas en effet le caractère public de l'organisme qui détermine si la possibilité d'en devenir membre est un service offert au public, mais plutôt le fait d'offrir ou non au public la gamme des avantages découlant du statut de membre. Même si, comme je l'ai dit précédemment, la distinction entre organisme «public» et appartenance équivalant à un service public est parfois obscure, il arrive que l'appartenance à un organisme en apparence «privé» constitue un service au public. Les lois antidiscriminatoires visent à assurer l'égalité des chances en fonction du mérite individuel plutôt qu'en fonction de stéréotypes. Les tribunaux doivent être prêts à regarder au-delà des caractéristiques apparemment privées d'un organisme, notamment sa politique d'adhésion, pour voir si, dans les faits, il offre des services et des occasions au public. Si la possibilité de devenir membre d'un organisme ne constitue pas un service au public, cet organisme pourra alors

vice to the public, then it may discriminate on the basis of gender. But once it is determined in light of all the circumstances that membership amounts to a service to the public, discrimination on the basis of gender will fall within the prohibition under the Act. I repeat that selectivity in membership will not insulate an organization from anti-discrimination legislation if membership is found to constitute a service offered to the public.

exercer une distinction en fonction du sexe. Mais si l'on conclut, après avoir pris en compte l'ensemble des circonstances, que l'appartenance équivaut à un service au public, la distinction en fonction du sexe tombera sous le coup de l'interdiction décrétée par la Loi. Je répète qu'une adhésion sélective ne mettra pas un organisme à l'abri des lois antidiscriminatoires si l'on juge que l'appartenance à cet organisme constitue un service offert au public.

80 On the facts before me, however, I am of the view that the spectrum of benefits constituting membership in the Order does not amount to a service offered or provided to the public. A review of the benefits that adhere to members in this case reveals that membership does not give rise to a public relationship. I shall now attempt to demonstrate this by reference to the criteria earlier identified as providing assistance in determining whether a public relationship has been established.

D'après les faits qui me sont soumis, toutefois, je suis d'avis que la gamme des avantages découlant de l'appartenance à l'Ordre n'en fait pas un service offert ou fourni au public. Une revue des avantages dont jouissent les membres de l'Ordre en l'espèce révèle en effet que l'appartenance à cet organisme ne donne pas lieu à une relation publique. Je m'efforcerai de démontrer cette affirmation en regard des critères reconnus précédemment comme aidant à déterminer s'il y a eu création d'une relation publique.

81 I first note that since the early 1900s, the primary objects of the Order have been "social, historical and cultural with its paramount concern being the welfare and well being of its members". Its primary objects are said to be "the mutual protection of its members and the uniting of those members in the strong tie of brotherhood". Thus, the primary objects of the membership are to preserve and protect the welfare and well-being of its members. Furthermore, it is agreed that "[t]he Order is dedicated to preserving the history of the Order and of its members", and equally "to preserving the moral values, male camaraderie and mutual respect, traditions and secret rites that were engendered by and formed the fabric of a Klondike brotherhood of the 1890s". What is evidenced by the agreed objects of the Order is that its membership exists to serve its own members, past and present, and to preserve a Klondike brotherhood, founded upon moral values and male camaraderie. That purpose clearly evinces a very private nature. While it may have passed out of fashion to create and preserve fraternal memberships of this kind, it is quite another thing to prohibit the establishment of gender-based organizations. Borrowing from

Souignons d'abord que depuis le début des années 1900, l'Ordre se consacre essentiellement à des [TRADUCTION] «activités sociales, historiques et culturelles axées en premier lieu sur le bien-être de ses membres». Il a pour objet premier «la protection mutuelle de ses membres et la formation entre eux de liens étroits de fraternité». C'est donc le bien-être des membres qui est l'objet premier. De plus, il est admis que l'Ordre [TRADUCTION] «est voué à la conservation de son histoire et de celle de ses membres» ainsi qu'à «la préservation des valeurs morales, de la camaraderie masculine et du respect mutuel, des traditions et des rites secrets qui ont caractérisé la fraternité du Klondike dans les années 1890». Il ressort des objets admis de l'Ordre qu'il est au service de ses propres membres, anciens et actuels, et qu'il vise à préserver la fraternité du Klondike, en se fondant sur les valeurs morales et la camaraderie masculine. Cet objet témoigne du caractère nettement très privé de l'organisme. Même s'il est peut-être démodé de chercher à créer et à préserver une fraternité de ce genre, c'est une toute autre histoire que d'interdire l'établissement d'organismes fondés sur le sexe. Pour reprendre les mots du juge Brennan dans l'ar-

the language of Brennan J. in *Jaycees, supra*, permitting organizations to exercise a degree of discrimination in the selection of their members “reflects the realization that individuals draw much of their emotional enrichment from close ties with others” (p. 619) and recognizes that “certain kinds of personal bonds have played a critical role in the culture and traditions of the Nation by cultivating and transmitting shared ideals and beliefs; they thereby foster diversity” (pp. 618-19).

The Order consists of two Lodges, both located in the Yukon Territory. Its membership does not transcend territorial boundaries. Membership policies are selective, in that membership is restricted to men who “have been within the watershed of the Yukon River, and or the Territorial Boundaries of the Yukon Territory within a minimum of twenty accumulative years”. There is a genuine selection process set out in the Order’s Constitution whereby the name of a person offered for membership must be supported by two members, in writing, at a special meeting called for that purpose, and then be referred to a committee of three Brothers for investigation. The committee submits a written report at the same or at a succeeding meeting, and if the report is favourable, the candidate is initiated.

The only activities that involve non-members are the renting out of the Order’s premises and the provision of an historical record to the public. Members do participate in two public parades and are involved in the annual “Sourdough Rendez-vous”, however, these are not activities which the Order organizes and offers to the public, but rather activities which, presumably, are also open to other members of the public. According to the agreed facts, the meetings of the members are exclusively attended by members. During the meetings, members engage in business and rituals of the Order and socialize among themselves in “renewing acquaintances, catching up on news affecting members, social visiting and, in large part, reminiscing about events and members of years gone by”. There are two annual social functions for members and their guests.

rêt *Jaycees*, précité, permettre à des organismes d’exercer un certain degré de discrimination dans la sélection de leurs membres, c’est [TRADUCTION] «reconnaître l’enrichissement affectif que procure la création de liens étroits avec autrui» et «le rôle crucial qu’ont joué certains liens personnels dans la formation de la culture et des traditions de la Nation par l’entretien et la transmission des croyances et des idéaux communs; ils favorisent ainsi la diversité» (pp. 618 et 619).

L’Ordre se compose de deux loges, toutes deux situées dans le territoire du Yukon. Ses membres ne sont pas recrutés à l’extérieur de ses frontières. La politique d’adhésion est sélective en ce que seuls peuvent devenir membres les hommes [TRADUCTION] «qui justifient de leur présence en deçà du bassin du fleuve Yukon et (ou) des frontières territoriales du territoire du Yukon au cours d’une période cumulative minimale de vingt ans». Les statuts constitutifs prévoient un véritable processus de sélection suivant lequel toute candidature doit être appuyée par deux membres, par écrit, lors d’une réunion spéciale convoquée à cette fin, puis renvoyée pour enquête à un comité de trois Frères. Le comité soumet un rapport écrit à la même réunion ou à une réunion subséquente et, sur avis favorable, le candidat est admis.

Les seules activités auxquelles sont associés des non-membres sont la location des installations de l’Ordre et la mise à la disposition du public des données historiques. Les membres participent certes à deux défilés publics ainsi qu’au rendez-vous annuel des pionniers (*Sourdough Rendez-vous*); ce ne sont toutefois pas là des activités que l’Ordre organise et offre au public, mais plutôt des activités qui, on le présume, leur sont aussi ouvertes. D’après l’exposé conjoint des faits, seuls les membres assistent aux réunions, pendant lesquelles ils s’adonnent au rituel de l’Ordre et socialisent entre eux [TRADUCTION] «en renouant connaissance, en se mettant au courant des dernières nouvelles les concernant, en faisant des visites et, surtout en se remémorant les événements passés et les anciens membres». Deux rencontres sociales ont lieu chaque année pour les membres et leurs invités.

82

83

84

Other benefits, within the spectrum of benefits that accrues to members, are committees established to attend to the welfare and well-being of members. For example, the Sick Committee provides sick visitation, sends cards and flowers, provides information to the membership regarding the status and progress of members, and attends to the needs of the members and their families. There are also sections of the Dawson City and Whitehorse cemeteries reserved for members and their families, and they are entitled to the Order's special burial ceremonies and rites.

85

The intervener stated that within the spectrum of benefits associated with membership is the public recognition as a "Pioneer" and the inclusion of one's name as a pioneer on important historical records. But what the agreed facts reveal is that one's name as a "Pioneer" is recorded on the Order's roll and that the status as a "Pioneer" that follows the members of the Order is not the status as a pioneer in the generic sense of the word, but is the status associated with the Order itself, as a member of the Yukon Order of Pioneers.

86

The spectrum of benefits associated with membership in the Order does not give rise to a public relationship. What is offered by the Order to its members is an intimate association, an opportunity to socialize in an all male environment and male camaraderie intended to enhance the emotional development of its members. This seems entirely appropriate for a group whose members, as described in the agreed statement of facts, "are gentlemen in the retired and senior citizen age grouping". In contrast to the university in *Berg*, the Order does not purport to represent a diverse membership. Moreover, the Order does not, in essence, exist to further commercial or other such public objects. Quite the opposite, its foremost concern is with the welfare and well-being of its members. In this respect, the membership offered by the Order more closely resembles membership in a familial relationship than membership that is generally offered or provided to the public. The membership offered by the Order is in sharp contrast with services such as restaurants, bars and public utilities, to name a few obvious examples. On the basis of

Parmi les autres avantages dont jouissent les membres figurent des comités créés dans le but d'assurer le bien-être des membres. Ainsi, le comité des malades est chargé de visiter les malades, d'envoyer des cartes et des fleurs, d'informer les membres sur l'état d'autres membres et de pourvoir aux besoins des membres et de leur famille. Dans les cimetières de Dawson City et de Whitehorse, il existe également des sections réservées aux membres et à leur famille, lesquels ont droit aux cérémonies et aux rites funéraires spéciaux de l'Ordre.

L'intervenant soutient que parmi la gamme des avantages associés à l'appartenance à l'Ordre figurent l'accession publique au titre de «pionnier» et l'inclusion de son nom dans d'importants documents historiques. Or, il appert de l'exposé conjoint des faits que le nom des «pionniers» est inscrit au registre de l'Ordre et que ce titre ne signifie pas qu'un membre est un pionnier au sens générique de ce mot, mais qu'il lui est conféré en sa qualité de membre du Yukon Order of Pioneers.

La gamme des avantages associés à l'appartenance à l'Ordre ne donne pas lieu à une relation publique. L'Ordre offre à ses membres une association intime, l'occasion de socialiser dans un environnement exclusivement masculin et un climat de camaraderie masculine destinés à favoriser le développement affectif de ses membres. Ceci semble tout à fait approprié pour un groupe dont les membres sont des [TRADUCTION] «messieurs retraités ou âgés» pour reprendre les termes utilisés dans l'exposé conjoint des faits. Contrairement à l'université dans l'arrêt *Berg*, l'Ordre ne prétend pas à une composition variée. Son existence n'est pas essentiellement vouée à la poursuite d'objectifs commerciaux ou à d'autres objets publics. Bien au contraire, sa préoccupation fondamentale est le bien-être de ses membres. À cet égard et contrairement aux organismes auxquels l'affiliation est généralement offerte ou accessible au public, la qualité de membre offerte par l'Ordre tient davantage de la relation familiale. Cette qualité est fort différente des services tels les restaurants, les bars et les services publics, pour ne donner que

the agreed facts, membership in the Order does not constitute a service offered or provided to the public, within the meaning of s. 8(a).

Section 10(1) of the Act

One further point requiring consideration relates to an argument raised by the appellant concerning s. 10(1) of the Act. Section 10(1) provides that “[i]t is not discrimination for a religious, charitable, educational, social, cultural, or athletic organization to give preference to its members or to people the organization exists to serve.” Given my finding that the Order is not in breach of s. 8(a), it becomes unnecessary to deal with this provision. Nonetheless, I cannot forbear saying that, given the obvious purposes of the Act, I do not think s. 10(1) was intended to be used as a broad justificatory shield against allegations of discrimination described in s. 8(a). The exempted discrimination I would have thought must be of a kind necessary to the furtherance of the fundamental objects of the organization; see in this context *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279. The provision was probably intended to do little more than give expression to our constitutionally guaranteed freedom of association, a freedom that is not to be overlooked in the application of human rights legislation in appeals of this nature.

Section 8(c) of the Act

I turn finally to s. 8(c) which, my colleague Justice Iacobucci holds, provides the key to resolving the issue regarding membership. The provision reads:

8. No person shall discriminate

...

(c) in connection with any aspect of membership in or representation by any trade union, trade association, occupational association or professional association. . . .

quelques exemples évidents. Si l’on se fonde sur l’exposé conjoint des faits, l’appartenance à l’Ordre ne constitue pas un service offert ou fourni au public au sens de l’al. 8a).

Le paragraphe 10(1) de la Loi

Un autre point à examiner a trait au moyen qu’a soulevé l’appelante eu égard au par. 10(1) de la Loi. Aux termes de ce paragraphe, «[n]e constitue pas un acte discriminatoire le fait pour un organisme religieux, de bienfaisance, d’éducation, social ou culturel, ou d’athlétisme d’accorder la préférence à ses membres ou aux particuliers que l’organisme a été créé pour servir.» Étant donné ma conclusion que l’Ordre ne contrevient pas à l’al. 8a), il est inutile d’analyser cette disposition. Toutefois, je ne puis m’abstenir de dire que, à mon avis, compte tenu des objets manifestes de la Loi, le par. 10(1) n’a pas été conçu pour servir de justification à toute épreuve contre les allégations de discrimination visées par l’al. 8a). La distinction qui serait à mon sens exemptée doit être nécessaire à la poursuite des objets fondamentaux de l’organisme; voir dans ce contexte *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279. Cette disposition a probablement été conçue comme simple expression de la liberté d’association que garantit la Constitution, liberté qu’il faut se garder de perdre de vue dans l’application des lois sur les droits de la personne dans les pourvois comme la présente espèce.

L’alinéa 8c) de la Loi

Je passe finalement à l’examen de l’al. 8c) que mon collègue le juge Iacobucci estime déterminant dans le règlement de la question de l’appartenance:

8. Il est interdit de faire preuve de discrimination relativement:

...

c) à toute condition d’appartenance à un syndicat, à un corps de métier ou à une association commerciale ou professionnelle, ou à toute représentation par l’un de ceux-ci;

As I understand the argument, s. 8(a), which deals with the provision of services, goods or facilities to the public, does not apply to membership in an organization because that particular issue has been contemplated by the legislature in s. 8(c). This argument was not advanced by counsel either in this Court or the courts below, so we did not have the benefit of their views. At all events, with respect, I cannot accept this argument. Its general effect is to give a restrictive interpretation to an Act which the jurisprudence of this Court tells us should be liberally construed.

Si je comprends bien l'argument, l'al. 8a), qui porte sur la prestation au public de services, de biens ou d'installations, ne viserait pas l'appartenance à un organisme parce que la législature a prévu ce cas précis à l'al. 8c). Les avocats n'ont pas soulevé cet argument devant nous ni devant les tribunaux inférieurs et nous n'avons pas eu le bénéfice de leur point de vue. Quoi qu'il en soit, avec égards, je ne puis accepter cet argument parce qu'il a pour effet global d'interpréter restrictivement une loi qui, selon la jurisprudence de notre Cour, devrait recevoir une interprétation libérale.

89 It seems to me that s. 8 is intended to prohibit any of the forms of discrimination set forth in s. 8, whether in the provision of services (s. 8(a)), in connection with employment (s. 8(b)), membership in certain occupations (s. 8(c)), and so on. The clauses are complementary and supportive of one another and of the goal of prohibiting discrimination. They were never intended to be construed as exclusive logic-tight compartments. There may be overlap, and I cannot see how one can say that discriminatory conduct that fairly falls within one category can be excluded from that category simply because another category deals with other activities that may bear on the same matter. That, to me, does not accord with the ordinary rules for the interpretation of statutes, let alone a human rights statute which my colleague agrees should be generously interpreted.

Il me semble que l'art. 8 vise à interdire toutes les formes de discrimination qui y sont énumérées, que ce soit dans la prestation de services (al. 8a)), dans l'emploi (al. 8b)) ou dans les conditions d'appartenance à certaines associations (al. 8c)) et ainsi de suite. Ces dispositions se complètent et s'appuient mutuellement et visent à interdire la discrimination. On n'a jamais voulu qu'elles soient interprétées comme des compartiments hermétiques logiques exclusifs. Il peut y avoir chevauchement entre elles; je ne vois pas comment on peut dire qu'une conduite discriminatoire qui pourrait être visée par une catégorie peut en être exclue simplement parce qu'une autre catégorie porte sur d'autres activités susceptibles d'avoir une incidence sur la même question. À mon avis, cela n'est pas conforme aux règles ordinaires d'interprétation des lois, et encore moins d'une loi en matière de droits de la personne qui, comme le reconnaît mon collègue, devrait recevoir une interprétation libérale.

90 My colleague Iacobucci J. states that "the legislature has turned its mind to the question of membership as a category of prohibited discrimination" (para. 12 (emphasis in original)). To me, the mention of "membership" in s. 8(c) does not disclose an intention to deal with membership generally. Rather, it covers a narrower category of situations. I agree with my colleague, as is evident from my previous discussion, that, however generously one may interpret the statute, one cannot rewrite it so as to cover situations other than those for which it provides. Now s. 8(c) deals only with a specific group of associations, i.e., trade unions, trade

Mon collègue le juge Iacobucci dit que «le législateur a prévu la question de l'appartenance comme catégorie de pratique discriminatoire interdite» (par. 12 (souligné dans l'original)). Pour ce qui me concerne, la mention de l'«appartenance» à l'al. 8c) n'indique pas l'intention de traiter des conditions d'appartenance en général. Au lieu de cela il couvre une catégorie plus étroite de situations. Comme l'indique l'analyse que je viens de faire, je suis d'accord avec mon collègue que si libéralement que soit interprétée la Loi, on ne peut pas la récrire pour couvrir des cas autres que ceux qu'elle envisage. L'alinéa 8c) ne vise qu'un groupe

associations, occupational associations and professional associations. One can give a generous interpretation to each of these categories but at the end of the day, s. 8(c) sets forth an exhaustive list to which it is not within the province of the courts to add.

There are good reasons to set forth a list such as that which appears in s. 8(c). They comprise organizations which the legislature (quite rightly in my view) perceives to be rendering services to the public, and consequently should be free of discrimination. That is not so of many groups which, like the respondent Order, are of an essentially private character where the choice of members falls within the protection accorded by our freedom of association. Yet, as I have attempted to elucidate earlier, membership in apparently private organizations may, on appropriate facts, constitute a service to the public, and so fall within the compass of s. 8(a). These, it is not possible for the legislature to identify, as it did in the case of the organizations described in s. 8(c). This must necessarily be done by the courts weighing the competing values already identified in the course of ascertaining whether the service provided by the organization is essentially public or private.

I have a further concern about my colleague's approach. In attempting to refute the argument that his reliance on s. 8(c) only would exempt all but the enumerated organizations, he contemplates a large and liberal interpretation of s. 8(c) whereby other organizations close to the purely economic end of the spectrum may be caught by this provision. Apart from the fact, as I noted, that s. 8(c) is not so drafted as to permit additions to the listed categories, it is far from clear that s. 8(c) purports to distinguish between economic and social organizations, and if this were so what criteria would be used to distinguish between them. Furthermore, the spectrum envisioned by Iacobucci J., flowing from the purely economic at one end to the purely social at the other end, is unsatisfactory. Thus I would gather that s. 8(c) would not comprise universities since refusal of admission to universities

spécifique d'associations, c.-à-d. les syndicats, les corps de métier, les associations commerciales ou professionnelles. On peut donner une interprétation libérale de chacune de ces catégories, mais il demeure que l'al. 8c) dresse une liste exhaustive que les tribunaux n'ont pas la compétence d'élargir.

Il y a des raisons valables de dresser une liste comme celle qui figure à l'al. 8c). Une telle liste comprend des organismes que la législature (tout à fait correctement à mon avis) estime rendre des services au public et donc devoir être libres de toute discrimination. Cependant, ce n'est pas le cas pour de nombreux groupes, comme l'Ordre intimé, qui sont essentiellement des organismes à caractère privé dont le choix des membres est un des mécanismes protégés par notre liberté d'association. Cependant, comme j'ai déjà tenté de l'expliquer, l'adhésion à des organismes apparemment privés peut, dans des cas précis, constituer un service au public, et relever alors de l'al. 8a). La législature ne peut les identifier comme elle l'a fait dans le cas des organismes décrits à l'al. 8c). C'est nécessairement aux tribunaux qu'il appartient de le faire en soupesant les valeurs opposées déjà identifiées lors de l'examen de la question de savoir si le service fourni par l'organisme est essentiellement public ou privé.

L'analyse de mon collègue me préoccupe également à un autre point de vue. Lorsqu'il tente de réfuter l'argument que son application de l'al. 8c) se trouverait à exempter tous les organismes sauf ceux qui y sont énumérés, il prône une interprétation large et libérale de cet alinéa qui permettrait que d'autres organismes proches de l'extrémité purement économique de la gamme envisagée soient touchés par cette disposition. À part le fait, comme je l'ai mentionné, que l'al. 8c) n'est pas libellé de façon à permettre des ajouts aux catégories énumérées, il est loin d'être clair que cet alinéa vise à établir une distinction entre les organismes économiques et sociaux; si c'était le cas, quels critères utiliserait-on pour les différencier? Par ailleurs, la gamme d'activités envisagée par le juge Iacobucci — purement économiques à une extrémité et purement sociales à l'autre — n'est pas

on the basis of a prohibited ground of discrimination would involve discrimination in rendering the services provided by the university, which, on the basis of the reasoning in *Berg, supra*, would appear to be covered by s. 8(a). Other organizations would undoubtedly give rise to similar difficulties. To divorce membership and services in the manner proposed seems to me to be highly artificial.

93 The unsatisfactory character of the distinction between economic and social activities is particularly evident when applied to organizations like the Order. If, for example, membership in the Order conferred services to the public, the organization would still remain essentially social rather than economic in nature and therefore would not be caught by s. 8(c), despite the fact that it offered services to the public. Ultimately, this is too restrictive. It would exclude from the purview of the Act membership in many social, service and even recreational organizations which on close examination really constitutes a service to the public. It is best to consider the relevant service to determine if it is offered to the public, as opposed to the nature of the organization. This focuses debate on the relevant competing values I have already mentioned.

Conclusions and Disposition

94 I conclude that the Order has not engaged in prohibited discrimination within the meaning of s. 8(a) in its exclusion of the appellant and women in general from its membership. The Order's collection and recording of a Yukon history does not constitute services offered or provided to the public. Membership in the Order, as a spectrum of benefits offered to members by the Order, does not give rise to a public relationship and therefore falls outside of the scope of s. 8(a). This is not the factual matrix within which to find that a seemingly private organization offers a service to the public by way of its membership.

95 I would dismiss this appeal with costs.

satisfaisante. Je crois comprendre que l'al. 8c) n'inclurait pas les universités puisque le refus d'admission à l'université pour un motif de distinction illicite constituerait de la discrimination dans la prestation des services fournis par l'université, laquelle, selon le raisonnement suivi dans l'arrêt *Berg*, précité, paraîtrait être visée par l'al. 8a). Des difficultés similaires se présenteraient certainement relativement à d'autres organismes. Il me semble fort artificiel de séparer de la façon proposée l'appartenance à un organisme des services qu'il offre.

La distinction entre les activités économiques et les activités sociales est clairement insatisfaisante lorsqu'on l'applique à des organismes comme l'Ordre. Par exemple, si l'appartenance à l'Ordre figurait parmi les services offerts au public, l'organisme continuerait malgré cela d'avoir un caractère essentiellement social plutôt qu'économique, et en conséquence ne serait pas visé par l'al. 8c), même s'il offrait des services au public. En fin de compte, cette distinction est trop restrictive. Elle exclurait du champ de la Loi l'appartenance à de nombreux organismes à caractère social, de services et de nature récréative, qui constitue, à bien y songer, un service offert au public. Il est préférable d'examiner le service pertinent pour déterminer s'il est offert au public, plutôt que la nature de l'organisme. Ce qui situe le débat autour des valeurs pertinentes opposées dont j'ai déjà parlé.

Conclusions et dispositif

Je conclus que l'Ordre n'a pas accompli un acte discriminatoire illicite au sens de l'al. 8a) en refusant à l'appelante et aux femmes en général le statut de membre. La collecte et la compilation des données sur l'histoire du Yukon ne constituent pas des services offerts ou fournis au public. L'appartenance à l'Ordre, en tant que gamme d'avantages conférés aux membres, ne donne pas lieu à une relation publique et ne tombe donc pas sous le coup de l'al. 8a). La base factuelle ne permet pas en l'espèce de conclure qu'un organisme en apparence privé offre, de par son mode d'adhésion, un service au public.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — There are two main points of contention in this appeal. The first of these relates to whether the discrimination practised by the Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge Number 1 (the "Lodge") is prohibited by s. 8(a) of the *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11 (the "Act"). The second point arises only if s. 8 has been violated, and concerns the interpretation and application of the exemption in s. 10(1) of the Act. The Board of Adjudication (the "Board") decided both points against the Lodge (1989), 10 C.H.R.R. D/5812, and the task of this Court is to determine whether the Board's decision was properly reversed by the Supreme Court of the Yukon Territory (1991), 14 C.H.R.R. D/176, 87 D.L.R. (4th) 618, and the Court of Appeal for the Yukon Territory (1993), 18 C.H.R.R. D/347, 100 D.L.R. (4th) 596, 79 B.C.L.R. (2d) 14.

There is no dispute as to the facts, which have been fully recited by my colleague La Forest J. On September 2, 1987, the appellant, Madeleine Gould formally applied for membership in the Lodge. Her application was rejected, and, for the purposes of the litigation, the parties have agreed to assume that Mrs. Gould was refused membership solely because of her sex. Indeed, the Lodge makes no secret of its policy of denying membership to women.

Nor has the Lodge attempted to argue before this Court that its policy does not effect "discrimination" within the meaning of s. 6 of the Act. That provision defines discrimination as follows:

6. It is discrimination to treat any individual or group unfavourably on any of the following grounds:

...

(f) sex, including pregnancy, and pregnancy related conditions. . . .

The Lodge's membership policy clearly accords unfavourable treatment to women on the ground of their sex and, consequently, falls squarely within the definition of discrimination in s. 6 of the Act.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi soulève deux questions principales. La première est de savoir si la discrimination pratiquée par le Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge Number 1 (la «Lodge»), est interdite par l'al. 8a) de la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11 (la «Loi»). La seconde ne se pose que s'il y a eu contravention à l'art. 8, et concerne l'interprétation et l'application de l'exception prévue au par. 10(1) de la Loi. Sur ces deux points, le conseil d'arbitrage (le «conseil») s'est prononcé contre la Loge (1989), 10 C.H.R.R. D/5812, et il incombe à notre Cour de déterminer si la décision du conseil a été infirmée à bon droit par la Cour suprême du territoire du Yukon (1991), 14 C.H.R.R. D/176, 87 D.L.R. (4th) 618, et la Cour d'appel du territoire du Yukon (1993), 18 C.H.R.R. D/347, 100 D.L.R. (4th) 596, 79 B.C.L.R. (2d) 14.

Les faits, que mon collègue le juge La Forest a exposés de façon complète, ne sont pas contestés. Le 2 septembre 1987, l'appelante Madeleine Gould a officiellement demandé à devenir membre de la Loge. Sa demande a été rejetée et les parties ont convenu, aux fins du présent litige, de prendre pour acquis que c'est uniquement en raison de son sexe que ce refus lui a été opposé. De fait, la Loge ne fait pas mystère de sa politique de refuser l'adhésion aux femmes.

La Loge n'a pas cherché non plus à faire valoir devant notre Cour que sa politique ne constitue pas un «acte discriminatoire» au sens de l'art. 6 de la Loi, où figure la définition suivante:

6. Constitue un acte discriminatoire le fait de traiter défavorablement un particulier ou un groupe pour les motifs suivants:

...

f) le sexe, y compris la grossesse et les conditions se rapportant à la grossesse;

La politique d'adhésion de la Loge accorde manifestement un traitement défavorable aux femmes en raison de leur sexe et, par conséquent, elle correspond parfaitement à la définition de l'acte dis-

96

97

98

Indeed, it is difficult to conceive of a more blatant example of sex-based discrimination.

99 However, the Lodge contends that this discrimination escapes the prohibitions contained in the Yukon's anti-discrimination statute. In particular, the Lodge disputes the Board's conclusion that the discrimination contravenes s. 8(a) of the Act, which reads as follows:

8. No person shall discriminate

(a) when offering or providing services, goods, or facilities to the public. . . .

100 Central to the Board's conclusion are its findings that the Lodge was involved in the collection, preservation and publication of historical materials relating to the Yukon, that these activities constituted the provision of a service to the public, and that the quality of the service was adversely affected by the exclusion of women from membership in the Lodge. As a result, my colleague La Forest J. approaches this appeal by asking whether the publication of a distorted historical record, or a record created without the input of women, can be discrimination in the provision of a service to the public. He argues that anti-discrimination statutes could not have been intended to require balance in the content of such records, and concludes that the Board's decision was in error.

101 With great respect, I believe that my colleague's argument rests on a mistaken understanding of the Board's approach. It is important to remember that the Board did not find that the publication of a distorted or one-sided historical record was discrimination. Rather, the discrimination consisted of the exclusion of women from membership. The Lodge's historical activities only became relevant when the Board turned its mind to the next question, which was whether this discrimination occurred when the Lodge was providing services to the public. To the Board, since the discrimination had an impact on the historical record created by the Lodge and made available to the public, there was a nexus between the exclusion of women

criminatoire de l'art. 6 de la Loi. Il est du reste difficile de concevoir un exemple plus flagrant de discrimination fondée sur le sexe.

Toutefois, la Loge soutient que cet acte discriminatoire échappe aux interdictions de la loi du Yukon en matière de discrimination. En particulier, elle conteste la conclusion du conseil que la discrimination contrevient à l'al. 8a) de la Loi, lequel dispose:

8. Il est interdit de faire preuve de discrimination relativement:

a) à l'offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations;

Au cœur de la décision du conseil se trouvent ses conclusions que la Loge œuvrait à la collecte, à la conservation et à la publication de documents historiques se rapportant au Yukon, que ces activités équivalaient à la fourniture d'un service au public, et que la non-admission des femmes avait une incidence négative sur la qualité de ce service. C'est pour cette raison que mon collègue le juge La Forest aborde ce pourvoi en se demandant si la publication de documents historiques biaisés, ou créés sans l'apport des femmes, peut constituer un acte discriminatoire dans la fourniture d'un service au public. Il soutient que les lois antidiscriminatoires ne peuvent avoir pour but d'exiger le respect d'un équilibre quant au contenu de tels documents, et en conclut que la décision du conseil était erronée.

En toute déférence, j'estime que le raisonnement de mon collègue repose sur une compréhension erronée de l'analyse du conseil. Il importe, en effet, de rappeler que le conseil n'a pas conclu que la publication de dossiers historiques biaisés ou fondés sur un point de vue unique était un acte discriminatoire, mais plutôt que la discrimination consistait en l'exclusion des femmes. Les activités à caractère historique de la Loge ne sont devenues pertinentes que lorsque le conseil a abordé la question suivante, savoir si cette discrimination est survenue relativement à la fourniture de services au public. Selon le conseil, étant donné l'incidence de la discrimination sur la documentation historique constituée par la Loge et mise par elle à la disposi-

from membership and the provision of services to the public: the discrimination could be said to occur when the Lodge was providing services to the public. In my opinion, this approach is one which the Board was entitled to take and, in consequence, the Board's conclusion that s. 8 was violated cannot be impugned.

The respondents also take issue with the Board's determination that the Lodge is not protected by s. 10(1), which provides:

10. (1) It is not discrimination for a religious, charitable, educational, social, cultural, or athletic organization to give preference to its members or to people the organization exists to serve.

In my view, there was no basis on which the learned judge of the Supreme Court of the Yukon Territory could interfere with the Board's interpretation of s. 10(1) or its application of the provision.

Before engaging in a more detailed analysis of the Board's interpretation and application of ss. 8 and 10(1) of the Act, it is necessary to address two preliminary matters concerning the approach to be taken in reviewing the findings of the Board. The first is a matter of administrative law, and relates to the standard of review that should have been applied in the courts below. The second matter relates to the rules of statutory construction and, more particularly, to the principles applicable to the interpretation of human rights legislation.

I. Standard of Review

It has been a constant in the jurisprudence of this Court, particularly since our decision in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, that where the legislature has conferred a specialized jurisdiction on an administrative tribunal, the expertise of the tribunal or board in question must be respected. This is true even if the board's decisions are not protected by a privative clause: *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178, at p. 214; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local*

tion du public, il existait un lien entre la non-admission des femmes comme membres et la fourniture de services au public: on pouvait donc dire qu'il y avait discrimination relativement à la fourniture de services au public par la Loge. À mon avis, le conseil était en droit de faire cette analyse et, par conséquent, sa conclusion selon laquelle il y a eu violation de l'al. 8a) ne peut être attaquée.

Les intimés contestent également la conclusion du conseil suivant laquelle la Loge n'est pas protégée par le par. 10(1):

10. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait pour un organisme religieux, de bienfaisance, d'éducation, social ou culturel, ou d'athlétisme d'accorder la préférence à ses membres ou aux particuliers que l'organisme a été créé pour servir.

À mon avis, rien ne permettait au juge de la Cour suprême du territoire du Yukon d'intervenir dans la façon dont le conseil a interprété ou appliqué le par. 10(1).

Avant de s'engager dans une analyse plus détaillée de l'interprétation et de l'application de l'art. 8 et du par. 10(1) de la Loi par le conseil, il faut traiter de deux questions préliminaires concernant la façon d'envisager la révision des conclusions du conseil. La première relève du droit administratif, et se rapporte à la norme de contrôle qu'auraient dû appliquer les instances inférieures. La seconde relève des règles d'interprétation des lois et, plus particulièrement, des principes applicables à l'interprétation des lois en matière de droits de la personne.

I. La norme de contrôle

Il est de jurisprudence constante de notre Cour, surtout depuis l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, que lorsque le législateur a conféré à un tribunal administratif une compétence spécialisée, l'expertise du tribunal ou de l'organisme en question doit être respectée. Ce principe vaut même si les décisions de l'organisme ne sont pas protégées par une clause privative: *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., Local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, à la p. 214; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c.*

102

103

104

579 v. *Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 339, *per* Sopinka J. See also *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 598, *per* L'Heureux-Dubé J. The principle of curial deference to expert administrative tribunals applies not only to findings of fact, but also to findings of law within the tribunal's expertise: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 590, *per* Iacobucci J.

Bradco Construction Ltd., [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 339, le juge Sopinka. Voir également *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 598, le juge L'Heureux-Dubé. Le principe de la retenue judiciaire envers l'expertise des tribunaux administratifs s'applique non seulement aux conclusions de fait, mais aussi aux conclusions de droit relevant de leur expertise: *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, à la p. 590, le juge Iacobucci.

105

There exists a spectrum of standards of review, and the threshold for intervention ranges from simple error to patent unreasonableness. At its most deferential, the test limits judicial review to excesses of jurisdiction or to errors that are clearly irrational. Dickson J. (as he then was) stated the test as follows, in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, 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?

In *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, Cory J. stated (at pp. 963-64):

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

Il existe une gamme de normes de contrôle, le seuil d'intervention allant de la simple erreur à la décision manifestement déraisonnable. Au plus haut degré de déférence, le contrôle judiciaire se limite à l'excès de compétence ou à l'erreur manifestement irrationnelle. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé ainsi le critère dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, 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?

Dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, le juge Cory dit ceci (aux pp. 963 et 964):

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

there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

See also *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 554, per L'Heureux-Dubé J.; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157.

It is evident that not every decision of an administrative tribunal is entitled to the same degree of deference. In determining the appropriate standard of review, the essential task is to ascertain the intention of the legislature in conferring jurisdiction on the particular administrative tribunal: *United Brotherhood*, *supra*, at p. 332; *Pezim*, *supra*, at pp. 589-90. To ascertain legislative intent in this context, a pragmatic and functional approach was developed by Beetz J. in *Bibeault*, *supra*. Under this approach, the main considerations are: (1) the wording of the statute; (2) the purpose of the statute and the role of the tribunal in carrying out this purpose; and (3) the nature of the problem before the tribunal.

A. Wording of the Statute

The words chosen by the legislature can be particularly helpful if the legislature has given an express indication of the intended scope of review. For example, the existence of a privative clause is a clear signal to courts of the legislature's intent that the decisions of the board not be interfered with: see *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, at p. 235, per Dickson J.; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1003, per La Forest J.; *Pezim*, *supra*, at p. 590, per Iacobucci J. Depending on the wording of the clause, it may be found to have "less privative effect": *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at pp. 264-65, per La Forest J. At the other end of the spectrum, if the statute contains a right of appeal and, in addition, invites the appellate court to substitute its opinion for that of the board, a court is much less likely to show deference to the findings of the board. Ontario's human rights legislation, for instance, contains such a provision, with the result that findings of law by an Ontario

nelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s'agit là d'un critère très strict.

Voir également *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, à la p. 554, le juge L'Heureux-Dubé; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157.

Il est évident que les décisions d'un tribunal administratif ne méritent pas toutes le même degré de retenue judiciaire. Pour déterminer la norme appropriée d'examen, il est essentiel d'établir l'intention qu'avait le législateur en conférant compétence au tribunal administratif en cause: *Fraternité unie*, précité, à la p. 332; *Pezim*, précité, aux pp. 589 et 590. Pour découvrir l'intention législative dans ce contexte, le juge Beetz a, dans l'arrêt *Bibeault*, précité, conçu une démarche pragmatique et fonctionnelle, dont les principales considérations sont les suivantes: (1) le texte de la loi; (2) son objet et le rôle du tribunal dans la poursuite de cet objet; et (3) la nature du problème soumis au tribunal.

A. Le texte de la loi

Les mots choisis par le législateur peuvent être particulièrement utiles s'il a expressément indiqué la portée qu'il entendait donner au contrôle. Par exemple, l'existence d'une clause privative est un signal clair de l'intention du législateur de protéger les décisions du tribunal contre l'intervention judiciaire: voir *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 235, le juge Dickson; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1003, le juge La Forest; *Pezim*, précité, à la p. 590, le juge Iacobucci. On pourra, suivant la formulation retenue, considérer que la clause a un «effet moins privatif»: *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, aux pp. 264 et 265, le juge La Forest. À l'autre extrême, si, en plus de prévoir un droit d'appel, la loi invite la cour siégeant en appel à substituer son opinion à celle du tribunal, la cour sera vraisemblablement beaucoup moins portée à user de retenue à l'égard des conclusions du tribunal. La loi ontarienne sur les droits de la personne,

Board of Inquiry are normally reviewed according to a standard of correctness: *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733.

B. Purpose of the Statute and Role of the Tribunal

108 Part of the rationale for curial deference is that, in our society, the legislature relies on the expertise of administrative tribunals to give effect to its policies. In *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1336-37, Wilson J. quoted the following passage from Evans et al., *Administrative Law* (3rd ed. 1989):

In administrative law, judges have also been increasingly willing to concede that the specialist tribunal to which the legislature entrusted primary responsibility for the administration of a particular programme is often better equipped than a reviewing court to resolve the ambiguities and fill the voids in the statutory language. Interpreting a statute in a way that promotes effective public policy and administration may depend more upon the understanding and insights of the front-line agency than the limited knowledge, detachment, and modes of reasoning typically associated with courts of law. [Emphasis added by Wilson J.]

See also *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, at p. 236. The more specialized the tribunal, and the more important its expertise to the realization of the legislative purpose, the more deferential should be the court's attitude in reviewing the tribunal's decisions.

C. Nature of the Question

109 If the ground on which the tribunal's decision is impugned is an alleged error of fact, a court will usually be very reluctant to interfere with the tribunal's finding: see *Zurich Insurance, supra*; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Stratford, supra*, at p. 754, *per* L'Heureux-Dubé J. Similar deference should be shown where

par exemple, contient ce genre de disposition, de sorte que les conclusions de fait d'une commission d'enquête en Ontario sont normalement examinées en fonction de leur justesse: *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733.

B. L'objet de la loi et le rôle du tribunal

Le principe de retenue judiciaire tient en partie au fait que, dans notre société, le législateur s'en remet à l'expertise de tribunaux administratifs pour donner effet à ses politiques. Dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux pp. 1336 et 1337, le juge Wilson a cité le passage suivant du *Administrative Law* (3^e éd. 1989), d'Evans et autres:

[TRADUCTION] En droit administratif, les juges se sont montrés de plus en plus disposés à reconnaître que le tribunal spécialisé auquel le législateur a confié la responsabilité principale de l'administration d'un programme particulier est souvent mieux en mesure que la cour chargée du contrôle de dissiper les ambiguïtés dans le texte d'une loi et d'en combler les lacunes. Interpréter une loi d'une manière qui favorise l'efficacité des politiques et de l'administration publiques tient peut-être davantage à la compréhension éclairée de l'organisme directement concerné qu'aux connaissances limitées, au détachement et aux modes de raisonnement qui caractérisent normalement les cours de justice. [Souigné par le juge Wilson.]

Voir également *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 236. Plus le tribunal est spécialisé, et plus son expertise est importante pour la réalisation de l'objet de la loi, plus la cour devrait faire preuve de retenue dans la révision de ses décisions.

C. La nature de la question

Si le motif de contestation de la décision du tribunal administratif qu'on allègue est une erreur de fait, une cour hésitera fortement à intervenir: voir *Zurich Insurance*, précité; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Stratford*, précité, à la p. 754, le juge L'Heureux-Dubé. La même retenue devrait s'exer-

it is alleged that an error was committed in the application of the law to the facts. In such cases, it may not be possible to extract a question of law from the facts of the case so as to verify the treatment given to it by the tribunal without interfering with findings of fact: see *Mossop, supra*, at p. 577, per Lamer C.J., adopting the comments of Marceau J.A. ([1991] 1 F.C. 18, at pp. 31-32). Moreover, even if a finding of law can be isolated, it should not lightly be overturned if it raises technical or policy questions falling squarely within the tribunal's special expertise: *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at p. 1151, per L'Heureux-Dubé J. It is only on "general questions of law", which fall outside the area of expertise of the tribunal, that no deference will be warranted: *Berg, supra*, at p. 369, per Lamer C.J.; *Pezim, supra*, at p. 590, per Iacobucci J.

D. Application to the Yukon Act

My colleague La Forest J. is of the view that this appeal involves a "general question of law" and that the standard of review, as it was in *Mossop* and *Berg*, is one of correctness (para. 48). In my opinion, however, the Lodge's challenge to the Board's decision is not based on "general questions of law".

On the contrary, the impugned findings are primarily factual in nature. For example, in its analysis under s. 8(a), the Board found that the Lodge's discriminatory membership policy had an impact on the quality of the historical record it created, maintained, and made available to the public. Under s. 10(1), the Board found that the Lodge was not a group devoted to the promotion of the interests and well-being of an identifiable group. These findings must not be overturned unless they are not reasonably supportable on the evidence. Moreover, although the meaning of the phrase "service to the public" is an ordinary question of law on which no deference is warranted (*Berg*), the Board's finding that the Lodge's activities fell within this definition involves the application of the law to the facts. My colleague La Forest J.

cer dans les cas où il est allégué que l'erreur a été commise dans l'application de la loi aux faits. En pareils cas, il peut être impossible d'isoler une question de droit des faits de l'espèce pour vérifier l'analyse qu'en a fait le tribunal, sans intervenir dans les conclusions de fait: voir *Mossop*, précité, à la p. 577, le juge en chef Lamer reprenant les commentaires du juge Marceau de la Cour d'appel fédérale ([1991] 1 C.F. 18, aux pp. 31 et 32). Et même s'il est possible de l'isoler, la conclusion de droit ne devrait pas être infirmée trop rapidement si elle soulève des questions techniques ou de principe relevant nettement de l'expertise particulière du tribunal: *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la p. 1151, le juge L'Heureux-Dubé. Ce n'est que sur les «questions générales de droit» qui sont en dehors du domaine d'expertise du tribunal, que la retenue judiciaire peut être écartée: *Berg*, précité, à la p. 369, le juge en chef Lamer; *Pezim*, précité, à la p. 590, le juge Iacobucci.

D. Application à la loi du Yukon

Mon collègue le juge La Forest estime que le présent pourvoi soulève une «question générale de droit» et que la norme d'examen est, comme dans les arrêts *Mossop* et *Berg*, celle de la justesse (par. 48). À mon avis, cependant, la contestation par la Loge de la décision du conseil ne repose pas sur des «questions générales de droit».

Au contraire, les conclusions contestées sont de nature principalement factuelle. Ainsi, dans son analyse en vertu de l'al. 8a), le conseil a conclu que la politique discriminatoire de recrutement de la Loge avait une incidence sur la qualité de la documentation historique constituée, conservée et mise à la disposition du public. En regard du par. 10(1), le conseil a conclu que la Loge n'était pas un groupe voué à la promotion des intérêts et du bien-être d'un groupe identifiable. Ces conclusions ne peuvent être infirmées que si elles ne sont pas raisonnablement étayées par la preuve. De plus, bien que le sens de l'expression «service au public» soit une question ordinaire de droit à l'égard de laquelle la retenue judiciaire n'est pas justifiée (arrêt *Berg*), la conclusion du conseil portant que les activités de la Loge correspondent à

110

111

notes in his reasons that the proper approach to this exercise is “to identify the service in question, and then to determine whether that service gives rise to a public relationship between the service provider and the service user” (para. 58). These are essentially factual inquiries, and my colleague is surely correct in his further observation that “[u]ltimately, the determination must turn on the facts placed before the court in a given case” (para. 59).

cette définition implique l’application de la loi aux faits. Mon collègue le juge La Forest précise dans ses motifs que l’approche qu’il convient d’adopter consiste «à définir le service en question, et à déterminer si ce service donne naissance à une relation publique entre le fournisseur et l’utilisateur du service» (par. 58). Ceci constitue essentiellement une appréciation factuelle, et mon collègue a certainement raison lorsqu’il affirme que: «[e]n définitive, la décision doit être fonction des faits soumis à la cour dans une espèce donnée» (par. 59).

112 One might attempt to isolate findings of law on which to challenge the Board’s decision. For example, the Board’s conclusion on s. 8(a) is based on a particular view of what nexus is sufficient in order to establish that discrimination occurred “when” services were being provided to the public. It might be alleged that the Board’s approach reflects an erroneous construction of s. 8(a). However, to the extent that it is possible to isolate the Board’s “finding” on the legal issue of what nexus is sufficient, the issue raises considerations of human rights policy which preclude its classification as a general question of law. I still hold the view, which I first expressed in *Mossop, supra*, that a human rights tribunal is generally entitled to curial deference on matters relating to the interpretation of its own statute.

On pourrait tenter d’isoler des conclusions de droit susceptibles de donner ouverture à la contestation de la décision du conseil. Ainsi, la conclusion relative à l’al. 8a) est fondée sur une conception particulière de ce qui constitue un lien suffisant pour établir qu’une discrimination est survenue «relativement à» la fourniture de services au public. On pourrait alléguer que cette analyse du conseil résulte d’une interprétation erronée de l’al. 8a). Cependant, dans la mesure où il est possible d’isoler la «conclusion» du conseil sur la question juridique du lien suffisant, cette question fait intervenir des considérations touchant la politique des droits de la personne de sorte qu’on ne peut la qualifier de question générale de droit. Or je maintiens, comme je l’ai dit en tout premier lieu dans l’arrêt *Mossop*, précité, qu’un tribunal des droits de la personne a généralement droit à l’exercice de la retenue judiciaire sur des questions liées à l’interprétation de sa propre loi habilitante.

113 Turning to the other elements of the approach set out in *Bibeault*, I observe that human rights legislation has, as one of its main purposes, the creation of a comprehensive scheme for the enforcement of human rights: see *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, at p. 194, *per* Laskin C.J. for the Court. In order to carry out this purpose, the Act establishes a specialist tribunal whose task it is to adjudicate human rights complaints and interpret the Act. I can do no better than to adopt the words expressed to this effect by the Yukon Minister of Justice, the Honourable Roger Kimmerly:

En ce qui concerne les autres éléments de l’approche exposée dans l’arrêt *Bibeault*, je note que l’un des principaux objets des lois sur les droits de la personne est la création d’un mécanisme global visant à assurer le respect de ces droits: voir *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, à la p. 194, le juge en chef Laskin au nom de la Cour. À cette fin, la Loi établit un tribunal spécialisé chargé de juger les plaintes et d’interpréter la Loi. Je ne peux faire mieux que d’adopter à cet égard les mots du ministre de la Justice du Yukon, l’honorable Roger Kimmerly:

The purpose of this legislation is to set up a commission and a board of adjudication that has a specific expertise and interest in human rights. It is in the public interest that that board decides the question. It has long been established that that is a better procedure than the formal courts. [Emphasis added.]

(Yukon Hansard, February 12, 1987, at p. 715.)

In *Dickason*, *supra*, I acknowledged that human rights boards are perhaps less specialized than some other administrative tribunals, notably labour relations boards: p. 1148. Nevertheless, it was intended by the legislature that the Board be composed of adjudicators having expertise and an acute understanding of human rights issues. At page 1151 in *Dickason* I wrote:

The mandate of members of the Human Rights Commission, who preside over hearings, is always the interpretation and application of the [Alberta *Individual's Rights Protection Act*], which necessarily involves the adjudication of policy issues and the consideration of social fact evidence. The findings of the Board on social evidence must be accorded some deference to the extent that they fall within the realm of its specific and primary mandate under the *IRPA*. These findings, not being protected by a privative clause under the *IRPA*, may be afforded less deference than findings of an administrative tribunal which has the protection of a privative clause. This, however, is only an issue of degree.

In my view, the same observations apply to the Board's mandate in relation to the Yukon Act.

Finally, I note that there is a statutory right of appeal from a decision of the Board on questions of law. However, this right is expressed in terms more limited than those used in Ontario's human rights legislation, in that the court is not authorized to substitute its opinion for that of the Board. Nor is there any right of appeal on questions of fact.

The absence of any right of appeal on questions of fact is of great significance, given the essen-

[TRANSLATION] L'objet de la loi est de constituer une commission et un tribunal d'examen possédant une expertise et un intérêt spécifiques en matière de droits de la personne. Il est dans l'intérêt public que ce tribunal tranche la question. Il est depuis longtemps reconnu que c'est une meilleure façon de procéder que de recourir aux cours de justice. [Je souligne.]

(Yukon Hansard, 12 février 1987, à la p. 715.)

Dans *Dickason*, précité, j'ai reconnu que les tribunaux des droits de la personne sont peut-être moins spécialisés que certains autres tribunaux administratifs, en particulier les commissions de relations du travail (p. 1148). Le législateur entendait néanmoins que le tribunal réunisse des arbitres possédant une expertise et une compréhension profonde en matière de droits de la personne. À la p. 1151 de *Dickason*, j'ai écrit ce qui suit:

Les membres de la Commission des droits de la personne, qui président les audiences, ont toujours comme mandat principal l'interprétation et l'application de [l'*Individual Rights Protection Act* de l'Alberta], ce qui comprend nécessairement la résolution des questions de principe et l'examen d'éléments de preuve fondés sur des faits sociaux. Les conclusions de la commission sur la preuve relatives aux questions d'ordre social méritent qu'on les traite avec une certaine retenue dans la mesure où elles demeurent à l'intérieur du mandat particulier et principal que lui confère l'*IRPA*. Comme ces conclusions ne sont pas protégées par une clause privative aux termes de l'*IRPA*, on peut faire preuve d'une retenue moindre à leur égard qu'à l'égard de celles d'un tribunal administratif qui jouit de la protection d'une clause privative. Il ne s'agit là toutefois que d'une question de degré.

À mon avis, cette observation s'applique au mandat du conseil aux termes de la loi du Yukon.

Enfin, je note que la Loi prévoit un droit d'appel contre une décision du conseil sur des questions de droit. Cependant, ce droit d'appel est exprimé en termes plus restrictifs que ceux qu'on retrouve dans la loi ontarienne sur les droits de la personne, en ce que la cour n'est pas autorisée à substituer son opinion à celle du conseil. De plus, aucun droit d'appel n'est prévu sur des questions de fait.

L'absence de droit d'appel sur des questions de fait est très importante compte tenu du caractère

114

115

116

tially factual nature of the impugned findings of the Board. My colleague Iacobucci J. points out that the Board's factual findings are not based on *viva voce* evidence, and concludes that the deference owed to the Board's findings is "significantly attenuated" (para. 4). In reality, however, where an appeal is limited to questions of law, it is well established that an appellate court has no power to overturn findings of fact unless they are so unreasonable that the Board must have misdirected itself as to the law. This principle applies regardless of whether the findings are based on *viva voce* or documentary evidence. It applies even if the findings are inferred from primary facts not in dispute: *Edwards v. Bairstow*, [1956] A.C. 14 (H.L.), and *R. v. Lampard*, [1968] 2 O.R. 470 (C.A.), at p. 477. The case cited by Iacobucci J. in support of his argument has no application here, since the right of appeal in that case was not restricted to questions of law: *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347.

essentiellement factuel des conclusions contestées du conseil. Mon collègue le juge Iacobucci souligne que les conclusions de fait du conseil ne sont pas fondées sur des témoignages de vive voix, et conclut que le devoir de retenue envers les conclusions du conseil s'en trouve «sensiblement atténu[é]» (par. 4). En réalité, toutefois, lorsque le droit d'appel se limite aux questions de droit, il est bien établi que la cour siégeant en appel n'a le pouvoir d'infirmer des conclusions de fait que lorsqu'elles sont tellement déraisonnables que le conseil a dû faire erreur sur l'état du droit. Ce principe s'applique indifféremment, que les conclusions soient fondées sur des témoignages de vive voix ou sur une preuve documentaire. Il s'applique même si les conclusions sont tirées de faits primaires non contestés: *Edwards c. Bairstow*, [1956] A.C. 14 (H.L.); *R. c. Lampard*, [1968] 2 O.R. 470 (C.A.), à la p. 477. L'arrêt que cite le juge Iacobucci à l'appui de son argument n'est pas applicable en l'espèce puisqu'il ne s'agissait pas là d'un droit d'appel limité à des questions de droit: *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347.

117 Many essential facts are in dispute in this case. For instance, the parties' statement does not indicate any consensus on what part of the Lodge's historical activities is included in the services it offers to the public. Nor did the parties agree on the weight to be given to the documentary evidence submitted by the Yukon Status of Women Council. The resolution of these and other factual issues falls squarely within the Board's specialized mandate, and it is clear from the legislation that an appellate court has no jurisdiction to overturn the Board's findings of fact unless they are so unreasonable as to amount to an error of law.

De nombreux faits essentiels sont contestés en l'espèce. Par exemple, dans leur exposé, les parties ne s'entendent pas sur quelle part des activités à caractère historique relève des services que la Loge offre au public. Les parties ne sont pas d'accord non plus sur la valeur à accorder à la preuve documentaire déposée par le Yukon Status of Women Council. Il appartient carrément à ce tribunal spécialisé de trancher à la fois ces questions et d'autres questions factuelles; en fait, la Loi indique clairement qu'une cour siégeant en appel n'a pas la compétence nécessaire pour infirmer les conclusions de fait du tribunal sauf si elles sont tellement déraisonnables qu'elles constituent une erreur de droit.

118 For these reasons, I conclude that the Court should show deference to the Board's findings. The standard of review should be most deferential to findings which are purely factual or where the factual and legal elements are inseparable, for example in the application of the law to the facts. At the same time, some deference must be shown

Pour ces motifs, je conclus que la Cour devrait user de retenue à l'égard des conclusions du conseil. La norme de contrôle devrait faire preuve de la plus grande retenue à l'égard de conclusions qui sont purement factuelles ou dont les éléments factuels et juridiques sont inséparables, comme dans l'application de la Loi aux faits. De même, une

to the Board's findings on legal questions which raise policy concerns within the Board's special mandate. On such questions, if the statute is reasonably capable of supporting the Board's interpretation, this Court should not overturn the Board simply because there is some other reading that this Court prefers.

II. Principles Applicable to the Interpretation of Human Rights Legislation

The review of a human rights tribunal's interpretation of anti-discrimination legislation must also be guided by the principles that this Court has developed to take account of the special nature of such legislation. It was the current Chief Justice who first articulated the basic attitude to be taken towards the interpretation of human rights legislation. In *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158, Lamer J. (as he then was) made it clear that a human rights code "is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law".

The special nature of human rights legislation has remained axiomatic in this Court's approach to the interpretation of human rights legislation. For example, in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at p. 89, La Forest J. explained that, by reason of its quasi-constitutional nature, human rights legislation should be interpreted generously so as to advance its broad purposes:

As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional"

certainne retenue s'impose à l'égard des conclusions du conseil sur des questions juridiques qui soulèvent des considérations de principe relevant du mandat particulier du conseil. Dans la mesure où l'interprétation du conseil est raisonnablement étayée par la Loi, notre Cour ne devrait pas infirmer ses décisions sur ces questions pour la simple raison qu'elle en préfère une autre.

II. Principes applicables à l'interprétation des lois sur les droits de la personne

L'examen de l'interprétation de la législation antidiscriminatoire par un tribunal des droits de la personne doit également s'inspirer des principes que notre Cour a élaborés pour tenir compte de la nature spéciale de ces lois. C'est le juge en chef actuel qui, le premier, a défini l'approche de base de l'interprétation des lois sur les droits de la personne. Dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158, le juge Lamer (alors juge puîné) a clairement dit qu'on ne saurait considérer un code des droits de la personne «comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale».

La nature particulière des lois sur les droits de la personne demeure l'axiome sur lequel notre Cour fonde sa méthode d'interprétation de ces lois. Ainsi, dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la p. 89, le juge La Forest a expliqué qu'en raison de leur nature quasi constitutionnelle, les lois sur les droits de la personne devaient être interprétées généreusement de manière à promouvoir les objets généraux qu'elles visent:

Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle». . . .

121

There is no doubt as to the broad purposes underlying the Yukon *Human Rights Act*. The legislative objects are made explicit in s. 1(1) of the Act:

1. (1) The objects of this Act are

- (a) to further in the Yukon the public policy that every individual is free and equal in dignity and rights,
- (b) to discourage and eliminate discrimination,
- (c) to promote recognition of the inherent dignity and worth and of the equal and inalienable rights of all members of the human family, these being principles underlying the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Universal Declaration of Human Rights* and other solemn undertakings, international and national, which Canada honours.

According to well-known principles of interpretation, the Act should be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of these objects. See *Interpretation Act*, R.S.Y. 1986, c. 93, s. 10; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, *per* Dickson C.J.; *Robichaud, supra*, at p. 90, *per* La Forest J.; *Berg, supra*, at p. 370, *per* Lamer C.J.; *Zurich Insurance, supra*, at p. 339, *per* Sopinka J., and at pp. 358-59, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Mossop, supra*, at pp. 611-15, *per* L'Heureux-Dubé J.

122

Part and parcel of the purposive method of interpretation of human rights legislation is the rejection of a strict grammatical approach. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, McIntyre J. held, on behalf of a unanimous Court (at pp. 546-47):

It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed.

Neither human rights tribunals nor the courts should "inspect these statutes with a microscope, but should, as mentioned above, give them a full,

Les objets généraux de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon ne font aucun doute. Ils sont exprimés au par. 1(1) de la Loi:

1. (1) La présente loi a pour objets:

- a) de mettre en œuvre au Yukon le principe de la liberté et de l'égalité de dignité et de droits de chacun;
- b) de décourager et d'éliminer la discrimination;
- c) de promouvoir la reconnaissance de la dignité et de la valeur inhérentes de tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables, principes constituant le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et des autres engagements nationaux et internationaux que le Canada respecte.

Selon les principes d'interprétation bien établis, il faut donner à la Loi l'interprétation équitable, large et libérale qui soit la plus susceptible de permettre la réalisation de ces objets. Voir la *Loi d'interprétation*, L.R.Y. 1986, ch. 93, art. 10; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson; *Robichaud*, précité, à la p. 90, le juge La Forest; *Berg*, précité, à la p. 370, le juge en chef Lamer; *Zurich Insurance*, précité, à la p. 339, le juge Sopinka, et aux pp. 358 et 359, le juge L'Heureux-Dubé; *Mossop*, précité, aux pp. 611 à 615, le juge L'Heureux-Dubé.

En matière de droits de la personne, la méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé exclut notamment l'analyse strictement grammaticale. Dans *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, le juge McIntyre a conclu au nom de la Cour à l'unanimité, aux pp. 546 et 547:

Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés.

Ni les tribunaux des droits de la personne ni les cours de justice ne doivent «examiner ces lois à la loupe; nous devons plutôt, comme on l'a dit précé-

large and liberal meaning consistent with their favoured status in the lexicon of Canadian legislation": *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391, at p. 401, *per* Linden J.A., quoted with approval by Lamer C.J. in *Berg*, *supra*, at p. 373. See also *Mossop*, *supra*, at pp. 613-14, *per* L'Heureux-Dubé J.

I acknowledge, of course, that the words of the statutory provision act as a constraint upon the interpretative exercise. However, since the wording of a particular provision will almost always be susceptible of numerous interpretations, a purely textual analysis will rarely allow the meaning of the provision to be discerned with any useful precision. For example, although it is obvious that s. 8(a) has as its purpose the prohibition of discrimination when goods, services and facilities are being offered or provided to the public, this observation is unhelpful as it is merely a restatement of the text of the provision. We cannot know exactly what the purpose and scope of s. 8(a) are, until we have determined what is meant by "services", "public", and the other terms that appear in the provision. The process of selecting a meaning for these terms must be guided by the overall purpose of the Act and of human rights legislation generally.

These are the principles that must govern those who are charged with interpreting and applying human rights legislation in Canada. They also have important implications for courts reviewing the decisions of human rights tribunals. The essential question for a reviewing court is whether the tribunal's decision is based on an interpretation of the relevant provisions that is defensible in light of the aforementioned principles. The interpretation must, on the one hand, be large and liberal so as to advance the overall purpose of the statute. On the other hand, it must be rationally supportable on the wording of the particular provision and the other admissible evidence of the legislature's purpose in enacting the provision. Where the tribunal's interpretation meets these criteria, the reviewing court should not intervene.

demment, leur donner une interprétation large et libérale conforme à leur statut prépondérant dans le contexte législatif canadien»: *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391, à la p. 401, le juge Linden de la Cour d'appel, repris par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Berg*, précité, à la p. 373. Voir également l'arrêt *Mossop*, précité, aux pp. 613 et 614, le juge L'Heureux-Dubé.

Je conviens bien sûr que le texte de la disposition définit le cadre de l'exercice d'interprétation. Toutefois, étant donné que le texte d'une disposition donnée est presque toujours susceptible de plusieurs interprétations, une analyse purement textuelle permet rarement d'en cerner le sens avec une précision suffisante. Par exemple, l'al. 8a) a manifestement pour objet l'interdiction de la discrimination relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations, mais cette observation n'apporte rien puisqu'elle n'est qu'une simple reformulation de la disposition. Nous ne pouvons connaître avec précision l'objet et la portée de l'al. 8a) tant que nous n'avons pas établi ce que signifient les mots «services», «public» et les autres termes qui y apparaissent. Le choix du sens de ces termes doit se fonder sur l'objet global de la Loi et des lois sur les droits de la personne en général.

Tels sont les principes qui doivent guider l'interprétation et l'application des lois en matière de droits de la personne au Canada. Ces principes ont également une incidence importante sur les cours appelées à réviser les décisions des tribunaux des droits de la personne. Essentiellement, la cour siégeant en révision doit se demander si, dans sa décision, le tribunal s'est fondé sur une interprétation des dispositions applicables qui est défendable selon les principes susmentionnés. D'une part, il faut que l'interprétation soit large et libérale de manière à promouvoir l'objet global de la loi. D'autre part, elle doit s'appuyer rationnellement sur le texte de la disposition particulière et sur les autres preuves admissibles de l'intention du législateur. Lorsque l'interprétation du tribunal administratif satisfait à ces critères, la cour de révision ne devrait pas intervenir.

125 Having outlined the basic principles to be applied in reviewing the decision of the Board, I will now turn to the central issue in this appeal, which is whether the Board's decision was rightly overturned by the Territorial Supreme Court and the Court of Appeal. The Board's findings in relation to the prohibition clause (s. 8(a)) and the exemption clause (s. 10(1)) will be discussed in turn.

III. The Prohibition Clause: Section 8(a)

126 I cannot emphasize enough that the Board's decision does not rest on any finding that the presentation of a distorted historical record, or a record prepared without the input of women, is discrimination against women. The Board did not make any such finding. It is plain and obvious that the Lodge discriminates against women — by excluding them from membership. The Lodge's activities, including its activities in producing the historical record, are simply the context in which this discrimination occurs. The question for the Board was whether, in light of the Lodge's activities and the other circumstances, the discrimination could be said to occur when the Lodge was providing services to the public.

127 The Board's resolution of this issue was developed in two parts. First, the Board held that the Lodge provides services to the public, by collecting and preserving materials relating to the history of the Yukon and making them available to the public. Second, the Board found that discrimination occurred when services were provided to the public, because the exclusion of women from membership had an impact on the quality of the historical record created and maintained by the Lodge. The task for this Court is to determine whether the Board's conclusions were open to it.

A. *Providing Services to the Public*

128 As I have observed, the Board's finding that the Lodge provides services to the public, by collecting and preserving the history of the Yukon and

Ayant dégagé les principes de base de l'examen de la décision du conseil, j'aborde maintenant la question centrale du pourvoi, savoir si la décision du conseil a été infirmée à bon droit par la Cour suprême ainsi que par la Cour d'appel du territoire. J'examinerai d'abord les conclusions du conseil relatives à la clause d'interdiction (al. 8a)), puis la clause d'exception (par. 10(1)).

III. La clause d'interdiction: l'al. 8a)

Je ne saurais trop insister sur le fait que la décision du conseil ne repose pas sur la conclusion que la présentation d'une documentation historique biaisée, ou d'une documentation préparée sans la participation des femmes, constitue un acte discriminatoire envers les femmes. Le conseil n'a tiré aucune conclusion en ce sens. Il est clair et limpide que la Loge fait preuve de discrimination envers les femmes — en les excluant de ses rangs. Les activités de la Loge, dont la constitution d'une documentation historique, forment simplement le contexte dans lequel s'exerce la discrimination. Pour le conseil, la question était de savoir si, compte tenu des activités de la Loge et d'autres circonstances, on pouvait dire que la discrimination s'exerçait relativement à la fourniture de services au public.

Le conseil a tranché cette question en deux étapes. En premier lieu, il a conclu que la Loge fournit des services au public en recueillant et en conservant des documents se rapportant à l'histoire du Yukon et en les mettant à la disposition du public. En second lieu, il a conclu qu'il y avait discrimination relativement à la fourniture de services au public parce que le refus d'admettre les femmes au sein de la Loge avait une incidence sur la qualité de la documentation historique réunie et conservée par ses soins. La tâche de notre Cour est de déterminer si le conseil pouvait formuler de telles conclusions.

A. *La fourniture de services au public*

Comme je l'ai fait observer, la conclusion du conseil selon laquelle la Loge fournit des services au public en recueillant et en préservant l'histoire

making it available to the public, has legal and factual elements. The meaning of the expression “providing services . . . to the public”, as used in s. 8(a), is a general legal question: *Berg, supra*. However, the question whether the Lodge engages in such an activity involves the application of the law to the facts.

1. The Law

It has been stated that the purpose of s. 8(a) and analogous provisions in the human rights legislation of other jurisdictions is “to forbid discrimination by enterprises which purport to serve the public”: *Rosin, supra*, at p. 398. However, as I have explained, this observation does not advance the analysis very much, as it does little more than restate the text of the provision. It does not assist us in interpreting the crucial elements of s. 8(a), including the terms “service” and “public”.

Dictionary entries, while far from conclusive, may be of some assistance in this regard: the various commonly understood meanings for the words chosen by the legislature can be a starting point for the interpretative analysis. For example, the *Concise Oxford Dictionary* (8th ed. 1990) defines a “service” to include assistance or a benefit given to someone, or the act of helping or doing work for another or for a community. *Le Nouveau Petit Robert* (1993) provides a slightly different definition for “service”, which encompasses economic activities, other than the supply of tangible property, as well as functions having a “common or public” utility. These definitions suggest that the expression “providing services” has a broad meaning which encompasses activities in which a benefit other than a good is conferred on, or effort expended on behalf of another person or a community.

Some courts have attached a restrictive meaning to the word “services”, as a result of the comments of Martland J. in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, at p. 455:

du Yukon, et en la mettant à la disposition du public, comporte des éléments juridiques et factuels. Le sens de l'expression «fourniture au public de services», à l'al. 8a), est une question générale de droit: arrêt *Berg*, précité. Par contre, la question de savoir si la Loge se livre à ce genre d'activités suppose l'application de la loi aux faits.

1. Le droit

On a dit que l'objet de l'al. 8a) et de dispositions analogues des lois d'autres juridictions en matière de droits de la personne est d'«interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination»: arrêt *Rosin*, précité, à la p. 398. Cependant, comme je l'ai expliqué, cette observation n'apporte rien à l'analyse puisqu'elle ne fait que reformuler le texte de la disposition. Elle ne nous aide pas à interpréter les éléments cruciaux de l'al. 8a), dont les termes «service» et «public».

Les définitions des dictionnaires, même si elles sont loin d'être concluantes, peuvent fournir un éclairage utile à cet égard: les divers sens ordinaires des mots choisis par le législateur peuvent servir de point de départ à l'interprétation. Ainsi, selon la définition du *Concise Oxford Dictionary* (8^e éd. 1990), un «service» inclut une aide ou un avantage donné à quelqu'un ou l'acte de fournir une aide ou un travail à une autre personne ou à une collectivité. *Le Nouveau Petit Robert* (1993) donne une définition légèrement différente de «service» qui comprend des activités économiques ayant pour objet de fournir des biens immatériels et comprend également des fonctions d'utilité commune ou publique. Il ressort de ces définitions que l'expression «fourniture de services» a un sens large, et qu'elle englobe des activités par lesquelles un avantage autre qu'un bien matériel est conféré à quelqu'un ou à une collectivité, ou un effort déployé à son profit.

Certains tribunaux ont donné au mot «services» un sens restrictif, à la suite des commentaires formulés par le juge Martland dans l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, à la p. 455:

129

130

131

“Accommodation” refers to such matters as accommodation in hotels, inns and motels. “Service” refers to such matters as restaurants, bars, taverns, service stations, public transportation and public utilities. “Facility” refers to such matters as public parks and recreational facilities. These are all items “customarily available to the public”. It is matters such as these which have been dealt with in American case law on the subject of civil rights. [Emphasis added.]

See for example *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536 (P.E.I.S.C., App. Div.), at p. 545; *Re Winnipeg School Division No. 1 and MacArthur* (1982), 133 D.L.R. (3d) 305 (Man. Q.B.), at pp. 310-15; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134 (C.A.), at pp. 153-55, per Houlden J.A., concurring.

132

However, in light of subsequent decisions of this and other courts, *Gay Alliance* should not be read as requiring “services” to be analogous to those listed in that case. As Wilson J.A. said in *Ontario Rural Softball Association* in dissent (at p. 142):

I do not think therefore that it would be appropriate to refine too much on Mr. Justice Martland's illustrations. I think the learned Justice refers to them because of their historic significance in the development of the law in this area. I do not think he should be taken to have suggested that the categories of accommodation, services and facilities covered by the British Columbia section are closed.

For example, in *Berg, supra*, the Court proceeded on the basis that the provision of a building key and rating sheet to graduate students was a service within the meaning of the B.C. statute. In *Heerspink, supra*, at p. 159, Lamer J. said in concurring reasons that insurance is a service. See also *Peters v. University Hospital Board* (1983), 23 Sask. R. 123 (C.A.), at p. 141, per Bayda C.J.S.

133

As for the requirement that the service be provided to the public, this Court has adopted a “rela-

«Logement» renvoie notamment au logement dans un hôtel, une auberge ou un motel. «Services» renvoie aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-service, aux transports et aux services publics. «Installations» renvoie aux parcs publics et aux installations récréatives. Ces commodités sont toutes «habituellement offertes au public». La jurisprudence américaine sur les libertés publiques traite de sujets de cet ordre. [Je souligne.]

Voir à titre d'exemples *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536 (C.S.Î.-P.-É., Div. app.), à la p. 545; *Re Winnipeg School Division No. 1 and MacArthur* (1982), 133 D.L.R. (3d) 305 (B.R. Man.), aux pp. 310 à 315; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134 (C.A.), aux pp. 153 à 155, le juge Houlden, motifs concordants.

Toutefois, compte tenu de décisions subséquentes de notre Cour ainsi que d'autres tribunaux, l'arrêt *Gay Alliance* ne doit pas être interprété comme exigeant que les «services» soient analogues à ceux qui y sont énumérés. Comme le dit le juge Wilson, dissidente, dans l'arrêt *Ontario Rural Softball Association* (à la p. 142):

[TRADUCTION] Je ne crois pas, par conséquent, qu'il y ait lieu de trop s'attarder aux exemples donnés par le juge Martland. À mon avis, le savant juge les a cités en raison de leur importance historique dans l'évolution du droit en la matière. Je ne crois pas qu'il faille conclure qu'il a ainsi voulu dresser une liste exhaustive des logements, services et installations visés par la disposition de la Colombie-Britannique.

Dans l'arrêt *Berg*, précité, par exemple, la Cour a postulé que la fourniture d'une clé de l'immeuble et d'un formulaire d'évaluation aux étudiants de deuxième et troisième cycles était un service au sens de la loi de la Colombie-Britannique. Dans *Heerspink*, précité, à la p. 159, le juge Lamer a dit dans des motifs concordants que l'assurance est un service. Voir aussi *Peters c. University Hospital Board* (1983), 23 Sask. R. 123 (C.A.), à la p. 141, le juge en chef Bayda.

En ce qui a trait à l'exigence que le service soit fourni au public, notre Cour a adopté une

tional approach”, which requires the Court to examine the relationship between the provider and user of the service for the purpose of characterizing it as either public or private. In *Berg, supra*, at p. 384, the Court stated:

[I]n determining which activities of the School are covered by the Act, one must take a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility. Some services or facilities will create public relationships between the School’s representatives and its students, while other services or facilities may establish only private relationships between the same individuals. [Emphasis in original.]

We held in *Berg* that it is not necessary for a service to be available to the public “at large” in order for it to create a public relationship between the provider and users of the service. I hasten to add, however, that if a service is provided to members of the public at large, the relationship between the provider and the users is necessarily public.

Ultimately, there is no need to take a parsimonious approach to the interpretation of the notion of “providing services to the public”. It is true that discrimination is not prohibited in the Yukon if it does not occur in one of the contexts listed in s. 8. However, in interpreting the terms used in s. 8 and ascribing a purpose to the particular prohibitions listed in that section, it must be remembered that the broad legislative objects of the Act are to eradicate discrimination and further the recognition of the equality and inherent dignity of every human being. I therefore agree with La Forest J. that a “broad range of activities . . . may constitute services generally available, or offered to the public” (para. 59).

2. Application to the Facts

My colleague La Forest J. notes that “the correct approach is to identify the service in question, and then to determine whether that service gives rise to a public relationship between the service provider and the service user” (para. 58). I agree, and would add only that this task, being essentially factual, is

«méthode relationnelle», exigeant l’examen de la relation entre le fournisseur et l’utilisateur du service aux fins d’en déterminer le caractère public ou privé. Dans *Berg*, précité, à la p. 384, notre Cour a dit ceci:

[P]our déterminer quelles activités de l’École sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d’installations et l’usager des services et des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l’École et ses étudiants, tandis que d’autres services ou installations pourront établir seulement des relations privées entre les mêmes individus. [Souligné dans l’original.]

Nous avons conclu, dans cet arrêt, qu’il n’est pas nécessaire qu’un service soit offert au public «en général» pour que se crée une relation publique entre fournisseur et utilisateurs. Je m’empresse toutefois d’ajouter que, lorsqu’un service est fourni au public en général, la relation entre le fournisseur et les utilisateurs est nécessairement publique.

En somme, il n’y a pas lieu d’être parcimonieux dans l’interprétation de la notion de «fourniture au public de services». Il est vrai que la discrimination n’est pas interdite au Yukon si elle n’est pas exercée dans l’un des contextes prévus à l’art. 8. Toutefois, pour interpréter le texte de cet article et cerner la fin visée par les interdictions qui y sont énumérées, il ne faut pas oublier que les grands objectifs de la Loi sont l’élimination de la discrimination et la promotion de l’égalité et de la dignité inhérentes de tous les êtres humains. Je suis donc d’accord avec le juge La Forest pour parler de «la vaste gamme d’activités pouvant constituer des services généralement offerts au public» (para. 59).

2. L’application aux faits

Mon collègue le juge La Forest note que «l’analyse appropriée consiste à définir le service en cause, et à déterminer si ce service donne naissance à une relation publique entre le fournisseur du service et l’utilisateur du service» (par. 58). Je souscris à cette opinion; j’ajouterais simplement

134.

135

within the exclusive purview of the Board. In reviewing the Board's conclusions, this Court must not intervene unless the Board's decision is not reasonably supportable on the evidence.

136 The Board concluded that the Lodge's historical activities amounted to providing a service to the public. The record supports this finding, since the Board could reasonably conclude that the Lodge's activities involving the collection, preservation and publication of the history of the Yukon represent work done for the benefit of members of the public at large.

137 My colleagues attempt to divide the Lodge's activities into two services: the distribution of historical data, which does create a public relationship, and its collection or preservation, which does not. However, the Board, as trier of fact, was entitled to adopt a holistic view of the services offered by the Lodge. To the Board, the historical activities undertaken by the Lodge behind the scenes are not separate from the simple act of making the material available to the public. This view has much to recommend it. Since services are by definition intangible, their creation is necessarily part of the service: for example, the creation of financial statements is part of an accounting service, and the drafting of a legal opinion is part of a lawyer's service. Similarly, there is no reason automatically to sever the preparation of a historical record from its communication to the public. On the contrary, it seems entirely logical to treat the Lodge's historical activities holistically, as a single service.

138 It may be that in describing the service offered by a particular provider, a line must be drawn between activities that are part of the service, and those which are extraneous to it. However, this line-drawing exercise is essentially a determination of fact. Where a right of appeal is restricted to questions of law, as it is in this case, it is clearly established that an appellate court must not interfere with findings of fact unless they are so unreasonable as to amount to an error of law. This is particularly so where the legislature has entrusted

qu'étant essentiellement factuelle, cette tâche est du ressort exclusif du conseil. En révisant les conclusions du conseil, notre Cour ne doit pas intervenir, sauf si sa décision n'est pas raisonnablement étayée par la preuve.

Le conseil a conclu que les activités à caractère historique de la Loge équivalaient à un service au public. Cette conclusion s'appuie sur la preuve au dossier étant donné que le conseil pouvait raisonnablement conclure que les activités de la Loge consacrées à la collecte, à la conservation et à la publication de l'histoire du Yukon constituent des travaux qui sont effectués au profit du public en général.

Mes collègues tentent de scinder les activités de la Loge en deux services: la distribution de données historiques, qui crée une relation publique, et leur collecte ou conservation, qui n'en crée pas. Or le conseil, à titre de juge des faits, était justifié d'adopter une vision globale des services offerts par la Loge. À ses yeux, les activités à caractère historique qu'elle exerce en coulisses ne sont pas dissociables du simple fait de mettre la documentation à la disposition du public. Cette conception a beaucoup de mérite. Un service étant par définition intangible, sa création en fait nécessairement partie: ainsi, la création d'états financiers fait partie du service que fournit le comptable, et la rédaction d'un avis juridique, de celui que fournit l'avocat. De même, il n'y a aucune raison de dissocier automatiquement la préparation d'un dossier historique de sa communication au public. Au contraire, il semble tout à fait logique de traiter les activités à caractère historique de la Loge globalement, comme un service unique.

Il se peut que, pour définir le service offert par un fournisseur particulier, il faille tracer une ligne de démarcation entre les activités qui font partie du service et celles qui lui sont extrinsèques. Cet exercice, toutefois, relève essentiellement de l'établissement des faits. Lorsque le droit d'appel est restreint aux questions de droit, comme en l'espèce, il est clairement établi qu'une cour d'appel ne doit intervenir dans les conclusions de fait que si elles sont tellement déraisonnables qu'elles constituent une erreur de droit. À plus forte raison si la législa-

the fact-finding exercise to a specialist tribunal with expertise in human rights. In my opinion, the Board's finding that the Lodge provides services to the public, in collecting, preserving and making available to the public a historical record of the Yukon, cannot be described as unreasonable.

B. *Discrimination "When" Providing Services to the Public*

Having concluded that the Lodge was engaged in providing services to the public, the Board turned next to the question whether the discrimination it had found — the exclusion of women from membership in the Lodge — occurred when the Lodge was so engaged. In other words, the question was whether there was a sufficient nexus between the discriminatory conduct and the provision of services to the public. The Board's determination on this issue should not be overturned unless it was based on a reversible error of law or a patently unreasonable appreciation of the facts.

1. The Law

The words selected by the legislature to express the required nexus — "when", in the English version, and "*relativement à*", in the French version — do not impose a strict constraint on the Board in terms of the degree of connection that will be necessary before a finding can be made that discrimination has occurred "when offering or providing services . . . to the public". On the contrary, this Court has already had occasion to comment on the extremely broad scope of the expression "*relativement à*". In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39, this Court commented that "*relativement à*" was one of four synonymous expressions having the widest scope of any expression referring to a connection between two subject matters. In response to La Forest J.'s assertion that the French version is ambiguous, I fail to see how it is any less clear than the English version. Both versions, to be sure, are broadly worded. However, breadth should not be mistaken for ambiguity.

Moreover, as McLachlin J. suggests, "when" is not confined to a strictly temporal sense (para.

ture a confié l'appréciation des faits à un tribunal spécialisé en droits de la personne. À mon avis, la conclusion du conseil que la Loge fournit des services au public, en recueillant, en conservant et en mettant à la disposition du public des données historiques sur le Yukon, ne peut être qualifiée de déraisonnable.

B. *Discrimination «relativement à» la fourniture de services au public*

Après avoir conclu que la Loge fournissait des services au public, le conseil a abordé la question de savoir si la discrimination constatée — la non-admission des femmes comme membres — était exercée relativement à la fourniture de ces services au public. En d'autres termes, il fallait décider s'il y avait un lien suffisant entre le comportement discriminatoire et la fourniture de services au public. La conclusion du conseil sur ce point ne devrait être infirmée que si elle se fonde sur une erreur de droit donnant lieu à cassation ou sur une appréciation manifestement déraisonnable des faits.

1. Le droit

Les termes choisis par le législateur pour exprimer le lien requis — «relativement à», dans la version française, et «*when*», dans la version anglaise — n'imposent pas au conseil de contrainte rigide quant au degré de lien nécessaire pour conclure qu'il y a eu discrimination «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services». Au contraire, notre Cour a déjà eu l'occasion de souligner la portée extrêmement large de l'expression «relativement à». Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 39, notre Cour a fait remarquer que «relativement à» était, parmi les expressions exprimant un lien entre deux sujets, l'une des quatre expressions synonymes à avoir la portée la plus large. Le juge La Forest affirme que le texte français est ambigu, mais je ne vois pas en quoi il est moins clair que le texte anglais. Les deux versions, c'est certain, sont libellées en termes généraux. Cependant, il ne faut pas confondre généralité et ambiguïté.

Par ailleurs, comme l'indique le juge McLachlin, le terme anglais «*when*» n'a pas un

139

140

141

168). The Board, therefore, did not base its decision on any finding that the discrimination and the provision of services to the public occurred at the same moment. Instead, the Board proceeded on the basis that discrimination could be said to occur “when offering or providing services . . . to the public” if the discrimination had an impact on the quality of the service. Such an impact would create the required nexus between the discrimination and the provision of services to the public. Because of the broad wording of s. 8(a), I am not persuaded that it should be necessary in all cases to show that discrimination had an impact on the quality of the service. However, I find no error in the proposition that such an impact would create a nexus sufficient to support the conclusion that the discrimination occurred “when offering or providing services . . . to the public”.

142

It would of course be possible to interpret s. 8(a) as being restricted to situations where there is discrimination as among the potential users of the service. This position is implicit in my colleague La Forest J.’s suggestion (at para. 73) that:

It seems to me that simply requiring that the historical services supplied to the public be made freely and equally accessible to every individual without discrimination on the prohibited grounds fully conforms with the stated object of the Act “to further in the Yukon the public policy that every individual is free and equal in dignity and rights”.

In my view, the purposes of the Act do not mandate such a narrow interpretation of the broad words used in s. 8(a). While La Forest J.’s reading is semantically possible, the Board is justified in favouring a meaning which reflects less, rather than more tolerance for discrimination. The stated purposes of the Act are the advancement of the policy that every individual is free and equal in dignity and in rights, the elimination of discrimination, and the promotion of the recognition of the inherent dignity and equal rights of all human beings. These policy considerations militate in favour of a broader interpretation of s. 8(a) than that proposed by my colleague.

sens strictement temporel (par. 168). En conséquence, le conseil n’a pas fondé sa décision sur une conclusion que la discrimination et la prestation de services au public ont eu lieu au même moment. Le conseil a plutôt posé qu’on pouvait parler de discrimination «relativement à l’offre ou à la fourniture au public de services» si la discrimination avait une incidence sur la qualité du service. Une telle incidence créerait le lien requis entre la discrimination et la fourniture de services au public. Étant donné la formulation large de l’al. 8a), je ne suis pas convaincue qu’il soit nécessaire dans tous les cas d’établir que la discrimination a eu une incidence sur la qualité du service. Toutefois, je ne vois aucune erreur dans la proposition que cette incidence crée un lien suffisant pour étayer la conclusion qu’il y a eu discrimination «relativement à l’offre ou à la fourniture au public de services».

Il serait naturellement possible d’interpréter l’al. 8a) comme étant restreint aux situations où il y a discrimination parmi les utilisateurs potentiels du service. Cette position ressort implicitement du commentaire suivant de mon collègue le juge La Forest (au par. 73):

Il me semble qu’il suffit d’exiger que les services historiques fournis au public soient accessibles à chacun, librement et en toute égalité, sans discrimination fondée sur des motifs illicites, pour qu’ils soient pleinement conformes à l’objet proclamé de la Loi, soit «de mettre en œuvre au Yukon le principe de la liberté et de l’égalité de dignité et de droits de chacun».

À mon avis, les objectifs de la Loi ne commandent pas une interprétation aussi étroite du texte général de l’al. 8a). Bien que l’interprétation du juge La Forest soit possible sur le plan sémantique, le conseil est justifié de privilégier le sens qui reflète le moins de tolérance, et non le plus, à l’endroit de la discrimination. La Loi a pour objets déclarés la mise en œuvre du principe de la liberté et de l’égalité de dignité et de droits de chacun, l’élimination de la discrimination, et la promotion de la reconnaissance de la dignité et de la valeur inhérentes de tous les êtres humains. Ces considérations de principe militent en faveur d’une interprétation de l’al. 8a) plus large que celle que propose mon collègue.

La Forest J. suggests that if his interpretation is not adopted, the result would be that “every time some organization offered, say, food or assistance to members of the public, it would have to involve the public in collecting or preparing these services” (para. 73). I disagree. Nothing in the Board’s approach would require any organization to invite the participation of the public. At most, under the Board’s approach, an organization might be prevented from engaging in discriminatory conduct in relation to volunteers or suppliers, if such discrimination could be said to occur when the organization is providing services to the public. Such a result would, in my view, be fully consistent with the policy behind the Act.

My colleague also argues that the Board’s view of s. 8(a) would have a “paralysing effect” on the freedoms of expression and association (at paras. 74 and 76):

Such an interpretation would require, for example, a religious organization that made a publication available to the public to ensure that the preparation of the publication involve all religious faiths, to ensure a multifarious publication.

...

[F]orcing a private organization to compile history in a particular way would have serious implications for the freedom of association and of expression of those who join a particular group for that purpose.

Again, I do not agree that the Board’s approach would bring about these consequences. In the first place, it must be remembered that nothing in the Board’s approach labels as discrimination the dissemination of a publication reflecting a particular point of view. The Lodge’s overt policy of excluding women from membership is, in itself, discrimination.

In the second place, although prohibiting discrimination will undoubtedly have an effect on the Lodge’s expressive activities, religious or expressive conduct can run afoul of s. 8 even under La Forest J.’s approach. For example, a cultural

143
Le juge La Forest laisse entendre que si son interprétation n’était pas retenue, il s’ensuivrait que «chaque fois qu’un organisme offre, par exemple, des aliments ou de l’aide au public, il devrait associer celui-ci à la collecte ou à la préparation de ces services» (par. 73). Je ne suis pas d’accord. Rien dans la manière dont le conseil aborde la question n’implique qu’un organisme quelconque serait tenu de solliciter la participation du public. Tout au plus, un organisme pourrait, selon la conception du tribunal, être empêché de se livrer à des pratiques discriminatoires à l’endroit de bénévoles ou de fournisseurs, dans le cas où on pourrait dire qu’il y a discrimination relativement à la fourniture de services au public. Un tel résultat serait, à mon avis, pleinement conforme aux principes de la Loi.

144
Mon collègue soutient également que le point de vue du conseil sur l’al. 8a) aurait «pour effet d’entraver» les libertés d’expression et d’association (aux par. 74 et 76):

Une telle interprétation obligerait, par exemple, un organisme religieux ayant mis une publication en circulation à associer toutes les croyances religieuses à sa préparation pour en assurer la diversité.

...

[O]bliger un organisme privé à orienter sa compilation de données historiques dans une certaine voie aurait de graves répercussions sur la liberté d’association et d’expression de ceux qui se joignent à un groupe particulier dans ce but.

Là encore, je ne crois pas que l’analyse du conseil entraîne de telles conséquences. En premier lieu, il faut rappeler que le conseil ne qualifie nullement de discriminatoire la diffusion d’une publication reflétant un point de vue particulier. C’est la politique déclarée d’exclusion des femmes qui est, en soi, discriminatoire.

145
En second lieu, même si l’interdiction de la discrimination aura indubitablement une incidence sur les activités expressives de la Loge, une activité religieuse ou expressive peut entrer en conflit avec l’art. 8 même selon le raisonnement du juge

newsletter that chooses to reserve certain kinds of employment to members of the particular cultural community, or a religious organization that offers its worship services only to members of the religion, could be found to engage in discrimination *prima facie* prohibited by s. 8. In short, subject to the exemption and justification provisions, no organization — whether religious, “private”, or other — that provides services to the public may engage in discriminatory conduct in connection with its service-providing activities. The limitation on freedom entailed by this prohibition is attenuated somewhat by ss. 9 and 10, which, depending on the particular characteristics of the religious or other group, may permit certain discriminatory practices to be carried out. However, at the end of the day, it is the very nature of an anti-discrimination statute to limit the freedom of those who are in a position to discriminate, in order to protect the equal dignity and rights of potential victims of discrimination.

La Forest. Ainsi, un bulletin culturel qui choisit de réserver certains types d'emplois aux membres de cette communauté culturelle, ou un organisme religieux qui n'offre ses services liturgiques qu'aux membres de cette religion pourraient être considérés comme se livrant à première vue à des pratiques discriminatoires interdites par l'art. 8. En bref, sous réserve des dispositions d'exemption et de justification, aucun organisme — qu'il soit à caractère religieux, «privé» ou autre — fournissant des services au public ne peut se livrer à des pratiques discriminatoires en relation avec ses activités de services. La restriction de la liberté découlant de cette interdiction est quelque peu atténuée par les art. 9 et 10 qui, selon les caractéristiques particulières du groupe religieux ou autre, peuvent permettre certaines pratiques discriminatoires. En fin de compte toutefois, il est de la nature même d'une loi antidiscriminatoire que de restreindre la liberté de ceux qui sont en mesure d'exercer de la discrimination, afin de protéger l'égalité de dignité et de droits des victimes potentielles de discrimination.

146 I conclude, therefore, that there is no principle of law requiring the Board to restrict the application of s. 8(a) to situations where the discrimination is directed against potential users of the service. The only test is that articulated in the provision, namely: whether the discrimination occurred “when offering or providing services . . . to the public”. The Board committed no error, let alone a reversible error, in its interpretation of this test.

Je conclus, en conséquence, qu'aucun principe de droit n'obligeait le conseil à restreindre l'application de l'al. 8a) aux situations où la discrimination s'exerce contre les utilisateurs potentiels du service. Le seul critère est celui qui est formulé dans la disposition, savoir si la discrimination a été pratiquée «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services». Le conseil n'a commis aucune erreur, encore moins une erreur donnant lieu à cassation, dans son interprétation de ce critère.

2. Application to the Facts

2. L'application aux faits

147 The Board's conclusion that the discrimination, consisting of the exclusion of women from membership, occurred when the Lodge was providing services to the public, flows from its finding that the discrimination had an adverse impact on the quality of the services provided by the Lodge to the public. This finding is supportable on the evidence before the Board.

La conclusion du conseil que la discrimination, consistant à ne pas accepter de femmes comme membres de la Loge, a été pratiquée relativement à la fourniture de services au public, découle de sa conclusion que la discrimination a eu une incidence négative sur la qualité des services fournis par la Loge au public. Cette conclusion s'appuie sur la preuve soumise au conseil.

148 The documentary evidence submitted to the Board by the intervener Yukon Status of Women

D'après la preuve documentaire présentée au conseil par l'intervenant, le Yukon Status of

Council suggests that the contribution of women has been neglected in the recording of the history of the Yukon. More significantly, the evidence indicates that women have been left out of the historical record created by the Lodge. For example, a brief to the Board prepared on behalf of the Council describes some of the women whose contributions have been neglected. The brief then continues:

Today, these women have been all but forgotten, with not even their names recorded. The official Y.O.O.P. historian George Snow must have known many of these women personally, yet never mentions them in accounts of the early years.

The Board acknowledged that this evidence was not entitled to much weight. Nonetheless, applying its common sense to the evidence, the Board inferred that the exclusion of women had an adverse impact on the quality of the services provided by the Lodge. This finding was reasonably open to the Board on the evidence. Moreover, for reasons I have already stated, this was a sufficient basis on which the Board could conclude that the discrimination occurred “when” the Lodge was providing services to the public.

My colleague La Forest J. says, in *obiter*, that the “facts do not establish that the exclusion of women from the Order has resulted in a male bias” (para. 77). With respect, it is not the role of this Court to reassess the evidence and substitute its own view of the facts for that of the Board. The evidence before the Board was reasonably capable of supporting the Board’s conclusion. Consequently, there is no basis on which this Court can overturn the conclusion.

For these reasons, I conclude that this Court cannot interfere with the Board’s finding that the Lodge’s membership policy violates s. 8(a). The policy is manifestly discriminatory against women, and the Board’s finding that this discrimination occurs when the Lodge is providing services to the public is based on a view of the law and the facts which cannot be impeached.

Women Council, la contribution des femmes a été négligée dans la reconstitution de l’histoire du Yukon. Plus concrètement, la preuve indique que les femmes ont été oubliées dans la documentation historique compilée par la Loge. Ainsi, un mémoire préparé au nom du Yukon Status of Women Council et présenté au conseil d’arbitrage évoque la mémoire de certaines femmes dont l’apport a été négligé et poursuit ainsi:

[TRADUCTION] Aujourd’hui, ces femmes — et même leur nom — sont tombées dans l’oubli. L’historien officiel de l’Ordre, George Snow, a dû connaître beaucoup de ces femmes personnellement, mais il n’en parle jamais dans ses récits de l’époque des pionniers.

Le conseil a convenu que cet élément de preuve n’avait pas une grande valeur probante. Néanmoins, usant de sens commun, il en a inféré que l’exclusion des femmes avait eu une incidence négative sur la qualité des services fournis par la Loge. Cette conclusion, le conseil pouvait raisonnablement la tirer à partir de la preuve. De plus, pour les motifs susmentionnés, c’était un fondement suffisant pour lui permettre de conclure que la discrimination avait été pratiquée «relativement à» la fourniture des services au public.

Mon collègue le juge La Forest dit, de façon incidente, que les «faits n’établissent pas que l’exclusion des femmes de l’Ordre ait entraîné un parti pris en faveur des hommes» (par. 77). Avec égards, il n’appartient pas à notre Cour d’apprécier à nouveau la preuve et de substituer son point de vue sur les faits à celui du conseil. Les éléments de preuve dont ce dernier disposait lui permettaient raisonnablement d’étayer sa conclusion. En conséquence, rien n’autorise notre Cour à l’infirmier.

Pour ces motifs, je conclus que notre Cour ne peut intervenir dans la conclusion du conseil que la politique d’adhésion de la Loge porte atteinte à l’al. 8a). Cette politique est manifestement discriminatoire envers les femmes, et la constatation par le conseil que la discrimination s’exerce relativement à la fourniture de services au public est fondée sur une appréciation du droit et des faits qui ne peut pas être infirmée.

C. *Membership as a Service*

151 An alternative argument, raised by the intervenor Council, is that the Lodge is providing services to the public in the form of membership in the Lodge and the privileges attaching to membership. In light of my conclusion on the historical services provided by the Lodge, it is not necessary to address this argument. Moreover, since the Board is charged with the primary responsibility for interpreting and applying the Act, I am reluctant to elaborate a detailed approach to membership policies or to engage in a fact-finding exercise that should more properly be undertaken by the Board. Nevertheless, since my colleagues deal with this issue exhaustively in their reasons, I would make the following general comments.

152 La Forest J. formulates the question as whether the Lodge provides services to the public in the form of the "benefits constituting membership" (para. 79). I agree, of course, that membership can be a service within the meaning of s. 8(a). However, in his review of the "benefits constituting membership", my colleague considers only those which are extrinsic to membership: a visitation service, participation in parades, and special burial privileges. Some of the most significant benefits of membership in the Lodge are therefore excluded from his analysis: public recognition and status as a member of the Yukon Order of Pioneers, and the opportunities to socialize that are available to members. Prestige and opportunities to socialize are intrinsic advantages of membership in an association and, depending on the characteristics of the association, may be far more valuable than the extrinsic privileges conferred on members. See C. Laframboise and L. West, "The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?" (1987-1988), 2 *C.J.W.L.* 335, at p. 337.

153 La Forest J. also argues that the Lodge does not further "commercial or other such public objects" (para. 86). He contrasts membership in the Lodge with the services provided by restaurants, bars and public utilities. However, as I have already stated, s. 8(a) is not limited to commercial services. For

C. *De l'adhésion considérée comme un service*

Le Yukon Status of Women Council, dans un argument subsidiaire, fait valoir que la Loge fournit au public des services sous forme d'adhésion à l'organisme et de privilèges afférents à cette adhésion. Compte tenu de ma conclusion sur les services à caractère historique fournis par la Loge, il n'est pas nécessaire d'examiner ce moyen. De plus, la responsabilité première d'interpréter et d'appliquer la Loi incombant au conseil d'arbitrage, j'hésiterais à élaborer une analyse approfondie de la politique d'adhésion ou à me livrer à un exercice de recherche des faits qui relève plus légitimement du conseil d'arbitrage. Toutefois, comme mes collègues traitent de cette question de manière exhaustive, je ferai les commentaires généraux qui suivent.

Selon le juge La Forest, la question est de savoir si la Loge fournit des services au public sous la forme d'«avantages découlant du statut de membre» (par. 79). Je reconnais bien sûr que le statut de membre peut constituer un service au sens de l'al. 8a). Toutefois, dans son examen de ces avantages, mon collègue ne prend en considération que ceux qui sont extrinsèques à la qualité de membre: les visites, la participation à des parades et les privilèges funéraires spéciaux. Certains des avantages les plus significatifs sont ainsi exclus de l'analyse: la reconnaissance et le statut publics découlant de l'appartenance au Yukon Order of Pioneers, ainsi que les occasions de rencontre offertes aux membres. Le prestige et les occasions de rencontre sont des avantages intrinsèques de l'appartenance à une association et, suivant les caractéristiques de celle-ci, ces avantages peuvent être beaucoup plus précieux que les privilèges extrinsèques conférés aux membres. Voir C. Laframboise et L. West, «The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?» (1987-1988), 2 *R.J.F.D.* 335, à la p. 337.

Le juge La Forest fait également valoir que la Loge ne poursuit pas d'«objectifs commerciaux ou [...] autres objets publics» (par. 86). Il compare l'appartenance à la Loge aux services fournis par les restaurants, les bars et les entreprises de services publics. Toutefois, comme je l'ai dit, l'al. 8a)

example, La Forest J. accepts that the Lodge's gratuitous distribution of its historical materials is a service to the public. In Canada, an immense variety of valuable services is offered to the public, and s. 8(a) is not limited to those which are provided for profit or which are analogous to the services provided by restaurants, bars and public utilities.

Instead, what is important is the degree of intimacy of the relationship in which the benefits are provided. In other words, a human rights tribunal must examine the relationship between the club and its potential members, and characterize it as either public or private: see *Berg, supra*, at p. 384. The relational approach adopted in *Berg* recognizes the right of individuals to form or maintain private relationships, and to confer benefits on people in the context of such relationships without engaging anti-discrimination laws.

In the United States, private relationships are constitutionally protected as a component of liberty:

The Court has long recognized that, because the Bill of Rights is designed to secure individual liberty, it must afford the formation and preservation of certain kinds of highly personal relationships a substantial measure of sanctuary from unjustified interference by the State.

Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984), at p. 618; see also *Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987), at p. 545. In his opinion on behalf of the Court in *Roberts*, Brennan J. described the kinds of relationships which can be said to be highly personal (at pp. 619-20):

The personal affiliations that exemplify these considerations, and that therefore suggest some relevant limitations on the relationships that might be entitled to this sort of constitutional protection, are those that attend the creation and sustenance of a family — marriage, . . . childbirth, . . . the raising and education of children, . . . and cohabitation with one's relatives . . .

n'est pas limité aux services commerciaux. Par exemple, le juge La Forest convient que la distribution gratuite de documents historiques constitue un service au public. Au Canada, une immense variété de services valables sont offerts au public, et l'al. 8a) ne se limite pas aux services offerts dans un but de profit ou analogues aux services fournis par les restaurants, les bars ou les entreprises de services publics.

Ce qui importe plutôt, c'est le degré d'intimité de la relation dans le cadre de laquelle les services sont fournis. En d'autres termes, un tribunal des droits de la personne doit examiner la relation entre le club et ses membres potentiels, et déterminer s'il s'agit d'une relation publique ou privée: voir *Berg*, précité, à la p. 384. La méthode relationnelle adoptée dans l'arrêt *Berg* reconnaît le droit des individus de former ou d'entretenir des relations privées et de conférer des avantages à certaines personnes dans le cadre de ces relations, sans pour autant contrevenir aux lois antidiscriminatoires.

Aux États-Unis, les relations privées jouissent d'une protection constitutionnelle en tant que composantes de la liberté:

[TRADUCTION] La Cour reconnaît depuis longtemps que, visant à garantir la liberté individuelle, le Bill of Rights doit accorder à la formation et à la préservation de certains types de relations hautement personnelles une large protection contre l'ingérence injustifiée de l'État.

Roberts c. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984), à la p. 618; voir également *Board of Directors of Rotary Int'l c. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987), à la p. 545. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la cour, le juge Brennan a décrit ainsi les différents types de relations pouvant être qualifiées de hautement personnelles (aux pp. 619 et 620):

[TRADUCTION] Les liens personnels qui illustrent ces considérations, et qui invitent par conséquent à restreindre avec pertinence les relations susceptibles de jouir de ce type de protection constitutionnelle, sont ceux qui président à la création et à l'entretien d'une famille — le mariage, [. . .] la naissance [. . .] l'éducation des enfants, [. . .] et la cohabitation parentale [. . .] Les rela-

154

155

Family relationships, by their nature, involve deep attachments and commitments to the necessarily few other individuals with whom one shares not only a special community of thoughts, experiences, and beliefs but also distinctively personal aspects of one's life. Among other things, therefore, they are distinguished by such attributes as relative smallness, a high degree of selectivity in decisions to begin and maintain the affiliation, and seclusion from others in critical aspects of the relationship.

It can be seen that very few relationships will be capable of meeting this test of intimacy.

156

It may be tempting to suppose that there are some relationships which are not "public" for the purposes of s. 8(a) even though they are less intimate than the highly personal relationships described in *Roberts*. However, Professor W. P. Marshall, in "Discrimination and the Right of Association" (1986), 81 *N.W.U. L. Rev.* 68, persuasively warns against expanding the notion of private relationships beyond the highly personal affiliations mentioned in *Roberts* (at pp. 82-83):

The conclusion that a right of intimate association is extremely limited in the context of private organizations is, of course, at odds with occasional suggestions by members of the Court and others that "private" (meaning those not directly serving the general public) organizations are entitled to constitutional protection without further qualification. The "private organization" model, however, is readily dismissible. Although not always articulated as such, its apparent basis rests on a notion of privacy substantially more expansive than the right of intimate association. That expanded notion, however, makes little sense as a method of distinguishing protected from unprotected relationships. For example, if "privacy" is meant in its physical sense, there is certainly nothing private about the Jaycees, Kiwanis, Rotary, or the local country club. Only if the organization were to meet in an individual's home, shielded from public scrutiny, could a true privacy claim be maintained.

A stronger argument might be made in favor of a privacy claim if privacy is understood as meaning autonomy, or the right to make certain important personal choices. Yet from an autonomy standpoint, there is little difference between the desire to join a social group and the desire to select a law or business partner. Even if

tions familiales supposent, par nature, un attachement et un engagement profonds envers les personnes forcément peu nombreuses avec lesquelles on partage non seulement une communauté spéciale de pensées, d'expériences et de convictions, mais aussi des aspects personnels particuliers de notre vie. Ces relations se caractérisent donc entre autres par leur caractère relativement restreint, un fort degré de sélectivité dans les décisions relatives à l'instauration et au maintien de l'affiliation, et l'isolement dans les moments critiques de la relation.

Très peu de relations, on le voit, pourront satisfaire à ce critère d'intimité.

Il peut être tentant de supposer que certaines relations ne seront pas publiques aux fins de l'al. 8a), bien que moins intimes que les relations hautement personnelles décrites dans l'arrêt *Roberts*. Toutefois, dans son article «Discrimination and the Right of Association» (1986), 81 *N.W.U. L. Rev.* 68, le professeur W. P. Marshall plaide éloquemment contre l'extension de la notion de relation privée au-delà des liens hautement personnels évoqués dans cet arrêt (aux pp. 82 et 83):

[TRADUCTION] La conclusion selon laquelle le droit à l'association intime est extrêmement restreint dans le cadre d'organismes privés s'oppose manifestement à ce que certains, dont des membres de la Cour, laissent à l'occasion entendre, savoir que les organismes «privés» (c'est-à-dire les organismes ne servant pas directement le grand public) ont droit à la protection constitutionnelle sans autre qualification. Le modèle de «l'organisme privé» est toutefois facile à écarter. Bien qu'il ne soit pas toujours ainsi exprimé, il repose en apparence sur une notion de la vie privée substantiellement plus large que le droit à l'association intime. Cette notion élargie, toutefois, ne permet pas logiquement de distinguer les relations protégées de celles qui ne le sont pas. Ainsi, au sens physique du mot, les Jaycees, le Kiwanis, le Rotary ou le club sportif local n'ont certainement rien de «privé». Le droit à la protection d'une relation privée ne pourrait véritablement être invoqué que si les membres de l'organisme se réunissaient chez une personne, à l'abri de l'attention publique.

L'argument en faveur d'un droit à la protection de la relation privée aurait davantage de poids si on entend par là «autonomie», ou droit de faire certains choix personnels importants. Encore là, du point de vue de l'autonomie, il y a peu de différence entre le désir d'appartenir à un groupe social et le désir de choisir un partenaire

autonomy is understood as the choice of a personal lifestyle, there is no reason to adopt a general presumption that membership in a private club more clearly reflects this choice than do other unprotected choices.

I respectfully agree with these comments, and conclude that the only affiliations escaping characterization as “public” are highly personal relationships having the features outlined in *Roberts, supra*.

I am mindful of the fact that, in the United States, certain non-intimate associations may be protected if their purpose is religious or expressive: see *Roberts, supra*, at p. 622; *Rotary, supra*, at p. 548. Moreover, unlike the American Bill of Rights, both the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Yukon Act explicitly recognize the freedom of association. As a result, it may be that some associations which are not so intimate as to be protected as part of individual liberty are nevertheless sheltered in our law from the prohibition against discrimination. However, in my view, the notion of privacy should not be used as a surrogate for a broader freedom of association: the Act contains other provisions for balancing the right to choose one’s associates against the right to be free from discrimination (for example, ss. 9 and 10). Only highly personal relationships of the kind described in *Roberts* should be considered private, for the purposes of s. 8(a).

Consequently, in order to determine whether a particular relationship is private, a human rights tribunal should determine whether it has the features outlined in *Roberts*. It should consider factors such as the selectivity, purpose, seclusion and smallness of the group: see *Roberts, supra*, at p. 620; *Rotary, supra*, at p. 546. Smallness is the least important of the three factors, given this Court’s observation in *Berg* that the number of users of a service is a poor indicator of its public or private character (p. 382). By contrast, particular emphasis should be placed on selectivity. The importance of this element was implicitly recognized by this Court in *Berg*, wherein Lamer C.J. pointed out that

dans un cabinet juridique ou une entreprise. Même si on entend l’autonomie au sens de choix d’un mode de vie personnel, rien ne permet de poser en présomption générale que l’adhésion à un club privé reflète plus visiblement ce choix que d’autres choix non protégés.

Avec égards, je souscris à ces commentaires, et je conclus que les seuls liens échappant à la qualification de «publics» sont les relations hautement personnelles possédant les caractéristiques définies dans l’arrêt *Roberts*, précité.

Je ne perds pas de vue que, aux États-Unis, certaines associations non intimes peuvent être protégées si leur objet est religieux ou expressif: voir *Roberts*, précité, à la p. 622; *Rotary*, précité, à la p. 548. De plus, à la différence du Bill of Rights américain, tant la *Charte canadienne des droits et libertés* que la loi du Yukon reconnaissent expressément la liberté d’association. Ainsi, il se peut que certaines associations, où les relations ne sont pas suffisamment intimes pour être protégées comme inhérentes à la liberté individuelle, soient néanmoins soustraites dans notre droit à l’interdiction visant la discrimination. À mon avis cependant, la notion de relation privée ne doit pas se substituer à une notion élargie de liberté d’association: la Loi comporte d’autres dispositions visant à pondérer le droit de choisir ses associés et celui de ne pas être l’objet de discrimination (tels les art. 9 et 10). Seules les relations hautement personnelles du type décrit dans l’arrêt *Roberts* devraient donc être considérées comme privées aux fins de l’al. 8a).

Par conséquent, afin d’établir si une relation particulière est privée, un tribunal des droits de la personne doit décider si celle-ci a les caractéristiques définies dans l’arrêt *Roberts*. Il lui faut examiner des facteurs tels la sélectivité, l’objet, l’isolement et la petite taille du groupe: voir *Roberts*, précité, à la p. 620; *Rotary*, précité, à la p. 546. Des trois facteurs, la petite taille est le moins important, notre Cour ayant fait observer, dans l’arrêt *Berg*, que le nombre d’utilisateurs d’un service est un piètre indicateur de son caractère public ou privé (p. 382). En revanche, il faut placer un accent particulier sur la sélectivité. Notre Cour a implicitement reconnu l’importance de cet élément dans l’arrêt

the relationship between a university and its students did not arise out of a “private selection process” (at p. 387):

There is nothing in the nature of the student body which suggests that the School and its students have come together as the result of a private selection process based on anything but the admissions criteria, which the School agrees cannot be discriminatory.

Berg où le juge en chef Lamer a souligné que la relation entre une université et ses étudiants ne découlait pas d'un «processus privé de sélection» (à la p. 387):

Rien dans la nature du corps étudiant ne laisse entendre que l'École et ses étudiants ont été réunis à la suite d'un processus privé de sélection fondé sur autre chose que les critères d'admission qui, comme en convient l'École, ne sauraient être discriminatoires.

159 I wish to emphasize that the expression “private selection process” does not simply refer to eligibility criteria or a discretion on the part of the service-provider. Neither of these elements would remove a relationship from the public sphere: *Berg, supra*, at pp. 383 and 390-92. Rather, what is required is a process of personal selection akin to the manner in which one chooses one's friends. Viewed in this way, the sphere of private relationships is very narrow:

Requiring that certain qualifications or conditions be met does not rob an activity of its public character. The cases have shown that “public” means “that which is not private”, leaving outside the scope of the legislation very few activities indeed.

(*Rosin, supra*, at p. 398, *per* Linden J.A.)

Je tiens à souligner que l'expression «processus privé de sélection» ne renvoie pas seulement à des critères d'admissibilité ou à un pouvoir discrétionnaire de la part du fournisseur de service. Aucun de ces éléments n'exclurait une relation de la sphère publique: *Berg*, précité, aux pp. 383 et 390 à 392. Ce qui est requis, c'est un processus de sélection personnelle semblable à la façon dont on choisit ses amis. Ainsi conçue, la sphère des relations privées est très étroite:

Le fait de prescrire que certaines exigences ou que certaines conditions soient remplies n'élimine pas le caractère public d'une activité. La jurisprudence a montré que le terme «public» signifie «qui n'est pas privé», ce qui laisse, en vérité, très peu d'activités hors de la portée de la législation.

(*Rosin*, précité, à la p. 398, le juge Linden.)

160 It is with these principles in mind that a human rights tribunal should approach the characterization of a membership relationship as public or private. It seems clear to me that the Lodge is not sufficiently intimate that the relationship between the Lodge and its potential members can be characterized as private. The membership criteria are relatively unselective and the Lodge has a public image and importance which is inconsistent with a seclusive group. While the membership is quite small, this factor is of lesser importance. Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the reasons of my colleague McLachlin J., and I agree with the observations she makes on these points. Moreover, I share my colleague's view that neither the male camaraderie enjoyed by the members of the Lodge, nor the non-commercial nature of the benefits extended to the Lodge's members, bring the Lodge outside of the public sphere. For these reasons, I would be inclined to

C'est en tenant compte de ces principes qu'un tribunal des droits de la personne doit décider si une relation de membre est publique ou privée. Il me semble manifeste que la Loge n'a pas un caractère suffisamment intime pour que la relation qu'elle entretient avec ses membres potentiels puisse être qualifiée de privée. Les critères d'adhésion sont relativement peu sélectifs et la Loge a, sur le plan public, une image et une importance qui ne correspondent pas à celle d'un groupe isolé. Bien que ses membres soient assez peu nombreux, ce facteur est d'importance moindre. Depuis que j'ai rédigé mes motifs, j'ai eu l'occasion de lire ceux de ma collègue le juge McLachlin et je suis d'accord avec les observations qu'elle fait sur ces questions. En outre, j'estime comme elle que ni la camaraderie masculine dont jouissent les membres de la Loge, ni la nature non commerciale des avantages qui leur sont attribués, n'excluent la Loge de la sphère publique. Pour ces motifs, je serais

think that membership in the Lodge is a service provided to the public.

However, since the application of the Act is within the jurisdiction and expertise of the Board, I prefer not to decide the appeal on this basis. The Board concluded that s. 8(a) had been violated on the basis that the exclusion of women from membership is discrimination that occurs when the Lodge is providing historical services to the public. As I have already explained, this conclusion was well within the Board's power.

IV. The Exemption Clause: Section 10(1)

One further issue remains to be addressed, namely the applicability of s. 10(1) of the Act, which provides:

10. (1) It is not discrimination for a religious, charitable, educational, social, cultural, or athletic organization to give preference to its members or to people the organization exists to serve.

In *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, this Court considered the analogous provision of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. On behalf of the Court, Beetz J. described its purpose in the following manner (at p. 335):

As I have said, s. 20 protects the right to associate freely in groups for the purpose of expressing particular views or for engaging in particular pursuits. Section 20 has, however, a limited legislative purpose: it is intended as an answer for "distinctions, exclusions or preferences" which would otherwise be discriminatory under s. 10.

Beetz J. elaborated two criteria that flow from this purpose. First, the group must be one for which the mere fact of associating results in discrimination founded on a prohibited ground. Consequently, the institution must have, as a primary purpose, the promotion of the interests and welfare of an identifiable group, so as to create a connection between the brand of discrimination practised and the nature of the institution. Second, the distinction, exclusion or preference must be justified in an

encline à penser que l'appartenance à la Loge est un service fourni au public.

Toutefois, étant donné que l'application de la Loi relève de la compétence et de l'expertise du conseil d'arbitrage, je préfère ne pas trancher le pourvoi sur cette base. Le conseil a conclu qu'il y avait eu contravention à l'al. 8a) en ce que la non-admission des femmes constitue une discrimination qu'exerce la Loge relativement aux services à caractère historique qu'elle fournit au public. Comme je l'ai expliqué, cette conclusion relevait nettement du pouvoir du conseil.

IV. La clause d'exemption: le par. 10(1)

Il reste à analyser l'applicabilité du par. 10(1) de la Loi:

10. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait pour un organisme religieux, de bienfaisance, d'éducation, social ou culturel, ou d'athlétisme d'accorder la préférence à ses membres ou aux particuliers que l'organisme a été créé pour servir.

Dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, notre Cour a examiné la disposition analogue de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Au nom de la Cour, le juge Beetz en a décrit ainsi l'objet (à la p. 335):

Je le redis, l'art. 20 protège le droit de s'associer librement pour exprimer des opinions particulières ou pour exercer des activités particulières. Cet article a toutefois un objet limité, savoir la justification de «distinctions, exclusions ou préférences» qui seraient par ailleurs discriminatoires au sens de l'art. 10.

Le juge Beetz élabore deux critères découlant de cet objet. En premier lieu, il doit s'agir d'un groupe pour lequel le simple fait de s'associer entraîne une discrimination fondée sur un motif illicite. L'institution doit donc avoir pour objectif premier la promotion des intérêts et du bien-être d'un groupe identifiable, de manière à créer un lien entre le type de discrimination pratiquée et le caractère de l'institution. En second lieu, la distinction, l'exclusion ou la préférence doit être

161

162

163

objective sense by the particular nature of the institution.

164 In the case at bar, the Lodge manifestly fails the first criterion. The record amply supports the Board's conclusion that the Lodge is not dedicated to promoting the interests of an identifiable group. Instead, as the constitutive documents of the Yukon Order of Pioneers declare, the Lodge exists to serve the interests and welfare of the entire population of the Yukon. The Board did not consider the second element of the *Brossard* test, and, indeed, it was not necessary to do so. On the facts before the Board, it was clear that the Lodge was not an organization entitled to the protection of s. 10(1).

V. Conclusions and Disposition

165 The Lodge's policy excluding women from membership is unabashedly discriminatory. The human rights tribunal responsible for interpreting and applying the Act held that this discrimination was prohibited by s. 8(a) of the Act, and that the conduct was not saved by s. 10(1). In reaching these conclusions, the Board did not commit any error that would warrant the intervention of an appellate court. On the contrary, the Board's decision is consistent with the text of the relevant provisions and with the broad policy considerations underlying the Yukon's anti-discrimination statute. Consequently, the Supreme Court of the Yukon Territory and the Yukon Court of Appeal should not have overturned the Board's decision.

166 I would allow the appeal with costs and reinstate the order of the Board of Adjudication.

The following are the reasons delivered by

167 MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal raises the issue of when clubs or associations may exclude women from membership. The Yukon Order of Pioneers is an all-male association which combines fraternal activities with activities of a more public nature. The issue is whether its exclu-

objectivement justifiée par le caractère particulier de l'institution.

En l'espèce, la Loge ne satisfait manifestement pas au premier critère. Le dossier, en effet, étaye amplement la conclusion du conseil selon laquelle la Loge n'est pas vouée à la promotion des intérêts d'un groupe identifiable. Comme en font foi les documents constitutifs du Yukon Order of Pioneers, la Loge est plutôt au service des intérêts et du bien-être de l'ensemble de la population du Yukon. Quant au second volet du critère de l'arrêt *Brossard*, le conseil ne l'a pas examiné, ce qui n'était d'ailleurs pas nécessaire. D'après les faits soumis à son attention, la Loge n'était visiblement pas un organisme ayant droit à la protection du par. 10(1).

V. Conclusion et dispositif

La politique de la Loge de ne pas admettre les femmes parmi ses membres est ostensiblement discriminatoire. Le tribunal des droits de la personne chargé d'interpréter et d'appliquer la Loi a conclu que cette pratique discriminatoire était interdite par l'al. 8a) de la Loi, et qu'elle ne bénéficiait pas de la protection du par. 10(1). En arrivant à ces conclusions, il n'a commis aucune erreur qui justifierait l'intervention d'une cour d'appel. Au contraire, la décision du conseil d'arbitrage est conforme au texte des dispositions applicables et aux grandes considérations de principe de la loi antidiscriminatoire du Yukon. En conséquence, la Cour suprême du territoire du Yukon et la Cour d'appel du Yukon n'auraient pas dû infirmer la décision du conseil.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir l'ordonnance du conseil d'arbitrage.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Ce pourvoi soulève la question de savoir quand les clubs ou associations peuvent refuser d'admettre les femmes comme membres. Le Yukon Order of Pioneers est une association composée uniquement d'hommes, qui combine des activités de fraternisa-

sion of women from its membership violates the Yukon *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11, which precludes discrimination on the basis of sex "when offering or providing services, goods, or facilities to the public": s. 8(a).

The first argument is that the Order cannot exclude women from its membership because the Order's collection and distribution of historical material to the public constitutes a service to the public within the meaning of the Act. There is little doubt that the collection and distribution of historical material constitutes a service to the public. The debate rather centers on whether exclusion of women from membership constitutes discrimination in the provision of this service. The Order provides its historical research to anyone who seeks it, male or female. It thus does not discriminate in the provision of this service. The argument thus reduces to the contention that because the Order does not count women among its members when it provides those services, it discriminates on the basis of gender. The issue is this: is "when" in s. 8(a) to be interpreted in the sense of "in the course of" or in a strictly temporal sense? I agree with Justice La Forest that a purely temporal interpretation must be rejected. The aim of the provision is essentially to ensure that those who provide services make those services available to the public generally, without discrimination on the basis of sex or any other prohibited ground.

The second argument is that membership itself constitutes a service to the public which s. 8(a) of the Act requires be offered to women as well as men. La Forest J. accepts that membership in an association may constitute a service to the public within s. 8(a), and that this may be so even where the association purports to be private. However, he concludes that the Order of Pioneers has not assumed sufficient public function or character to

tion à des activités d'une nature plus publique. Il s'agit de savoir si la non-admission des femmes au sein de cette association contrevient à la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11, dont l'al. 8a) interdit la discrimination fondée sur le sexe «relativement à l'offre ou à la fourniture au public de services, de biens ou d'installations».

Le premier argument veut que l'Ordre ne puisse refuser d'admettre les femmes comme membres parce que la collecte et la distribution au public de documents historiques constituent un service au public au sens de la Loi. Il n'est guère douteux que la collecte et la distribution de documents historiques constituent un service au public. Le débat porte plutôt sur la question de savoir si la non-admission des femmes comme membres constitue une discrimination dans la fourniture de ce service. L'Ordre met ses recherches historiques à la disposition de toute personne intéressée, homme ou femme. Il n'exerce donc pas de discrimination dans la fourniture de ce service. L'argument se ramène alors à la prétention que, ne comptant pas de femmes parmi ses membres relativement à la fourniture de ces services, l'Ordre se livre de ce fait à une pratique discriminatoire fondée sur le sexe. La question est donc de savoir si, à l'al. 8a), le mot «when» («relativement à» dans la version française) doit être interprété dans le sens de «dans le cadre de» ou dans un sens strictement temporel? Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire qu'une interprétation purement temporelle est à rejeter. La disposition vise essentiellement à faire en sorte que ceux qui fournissent des services mettent ceux-ci à la disposition du public en général, sans discrimination fondée sur le sexe ou tout autre motif illicite.

Le second argument veut que l'appartenance à l'association constitue en soi un service au public, lequel service doit, en conformité avec l'al. 8a), être offert aux femmes aussi bien qu'aux hommes. Le juge La Forest convient que l'appartenance à une association peut constituer un service au public au sens de l'al. 8a), et ce, même si l'association est censée être privée. Toutefois, il conclut que l'Ordre n'exerce pas une fonction et n'a pas un

make membership in it a service provided to the public. With this conclusion I must respectfully differ.

caractère publics tels qu'on doit considérer l'appartenance à cette association comme un service offert au public. Avec égards, je ne puis souscrire à cette conclusion.

170 The question, as I see it, is whether the club or association offers its members benefits of such public nature and importance that women as well as men should be eligible to enjoy them. Selectivity, purpose, seclusion and smallness are cited as factors to consider in making this assessment. (See *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), and C. Laframboise and L. West, "The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?" (1987-1988), 2 *C.J.W.L.* 335.) A very selective or small club, or one that operates in seclusion, is unlikely to provide any benefit which could be considered public in this sense. Nor is a club or association dedicated to purely private purposes likely to offer a public service. As such, these criteria may usefully serve in determining the ultimate issue of whether the services which the association provides to its members are sufficiently public that women as well as men should be permitted to be members.

À mon sens, la question est de savoir si le club ou l'association offre à ses membres des avantages d'une nature et d'une importance publiques telles que les femmes aussi bien que les hommes devraient être admis à en bénéficier. Le caractère sélectif, restreint ou isolé, ainsi que l'objet sont autant de facteurs à prendre en considération dans cette évaluation. (Voir *Roberts c. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), et C. Laframboise et L. West, «The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?» (1987-1988), 2 *R.J.F.D.* 335.) Un club très sélectif, restreint ou isolé n'offrira vraisemblablement pas d'avantages pouvant être considérés comme publics en ce sens, non plus qu'une association ou un club voué à des fins purement privées. À ce titre, ces critères peuvent aider à trancher la question ultime de savoir si les services que l'association fournit à ses membres sont suffisamment publics pour que les femmes aient droit d'y adhérer autant que les hommes.

171 In my view, membership in the Yukon Order of Pioneers provides sufficient benefits of a public nature and importance that membership itself constitutes a service to the public within the meaning of s. 8(a) of the Act. The Order provides a number of public functions. It collects and preserves the history of the Yukon Territory and its pioneers. It honours those pioneers, in various ways. It endows its members with a special status — status as themselves being a "modern" pioneer, part of the select society of past pioneers. As Justice L'Heureux-Dubé puts it, "the Lodge has a public image and importance which is inconsistent with a seclusive group" (para. 160). To be a member of the Order is to seek and to gain a respect in the community as a person who may, someday, be counted among the pioneers qualified not only for immediate benefits like participation in documenting pioneer history and public parades, but the ultimate benefit of a special resting place amongst other "pioneers" in the Yukon's public

À mon avis, l'appartenance au Yukon Order of Pioneers confère suffisamment d'avantages de nature et d'importance publiques pour que la possibilité d'en devenir membre constitue en soi un service au public au sens de l'al. 8a) de la Loi. L'Ordre exerce un certain nombre de fonctions publiques. Il recueille et conserve l'histoire du territoire du Yukon et de ses pionniers. Il honore ceux-ci de diverses façons. Il confère à ses membres un statut spécial — celui de pionnier «moderne», membre de la société sélecte des pionniers d'autrefois. Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé, «la Loge a, sur le plan public, une image et une importance qui ne correspondent pas à celle d'un groupe isolé» (par. 160). Être membre de l'Ordre, c'est rechercher et obtenir le respect de la communauté en tant que personne pouvant un jour se prévaloir non seulement d'avantages immédiats comme la contribution à la reconstitution de l'histoire des pionniers et la participation aux défilés publics, mais de l'avantage ultime de reposer dans

cemeteries. Membership in the Order confers all these public benefits and more. Can it be right then that it is denied to one-half of the Yukon population, its women?

La Forest J. (at para. 85) asserts that the honour and public recognition associated with having one's name on the Order of Pioneers' historical records is not critical to being recognized as a Yukon pioneer, but only to being a member of the Order. With respect, the record suggests otherwise. The Order has assumed an important role in defining the pioneers of the Yukon, and that recognition as a member of the Order and recognition of a person as a Yukon pioneer are largely synonymous in the mind of the public. This is evidenced by the role that the Order of Pioneers has in the public life of the Yukon, representing pioneers in general. The Order of Pioneers has reserved burial sites for pioneers in the public cemetery. The Order of Pioneers participates in annual public parades in Whitehorse and Dawson City as the only delegation of pioneers. The Order of Pioneers' Lodge in Dawson City is a tourist attraction because of its historical roots for pioneers. The Order of Pioneers' annual day of celebration, "Discovery Day" was proclaimed a statutory holiday by the territory.

Turning to the criterion of assistance in identifying whether the degree of public function is sufficient to make membership a public service, I acknowledge that the Order is small. But so, it must be remembered, is the community in which it operates. Moreover, the Order's public purpose and persona is large, extending to all pioneers in the Yukon Territory. Apart from gender, the Order is not particularly selective in choosing members. Furthermore, far from operating in private, it has arrogated to itself a prominent public profile. These factors confirm that membership itself may be viewed as a public service.

My colleague La Forest J. places considerable weight on the male camaraderie and fraternal

un endroit particulier aux côtés des autres «pionniers» dans les cimetières publics du Yukon. L'appartenance à l'Ordre confère tous ces avantages publics et d'autres encore. Peut-on dans ce cas légitimement en refuser l'accès à la moitié de la population du Yukon, soit les femmes?

Le juge La Forest affirme (au par. 85) que l'honneur et la reconnaissance publique associés à l'inscription de son nom dans les registres historiques de l'Ordre n'est pas indispensable pour être reconnu comme pionnier du Yukon mais seulement comme membre de l'Ordre. En toute déférence, ce n'est pas ce qu'indique le dossier. L'Ordre assume un rôle important dans la définition du statut de pionnier du Yukon et, aux yeux de l'opinion publique, la reconnaissance comme membre de l'Ordre est largement synonyme de la reconnaissance comme pionnier du Yukon. La preuve en est le rôle joué par l'Ordre dans la vie publique au Yukon, en tant que représentant des «pionniers» en général. L'Ordre réserve pour eux des lieux de sépulture dans les cimetières publics. Il forme la seule délégation de pionniers aux défilés publics annuels à Whitehorse et à Dawson City. La loge qu'il possède à Dawson City est une attraction touristique en raison des racines historiques qu'elle représente pour les pionniers. La fête annuelle de l'Ordre, le «Jour de la Découverte», a été proclamée jour férié par le territoire.

Si l'on s'en tient aux critères servant à mesurer le degré de caractère public suffisant pour faire de l'appartenance un service public, force est de reconnaître la petite taille de l'Ordre. Mais c'est aussi le cas, ne l'oublions pas, de la communauté au sein de laquelle il exerce ses activités. En outre, par son objet et sa personnalité, l'Ordre dispose d'une large audience, soit l'ensemble des pionniers du territoire du Yukon. Hormis le sexe, l'Ordre n'est pas particulièrement sélectif dans le choix de ses membres. De plus, loin d'exercer ses activités en privé, il s'est donné un profil éminemment public. Ces facteurs confirment que l'appartenance à l'Ordre peut en soi être considérée comme un service public.

Mon collègue le juge La Forest accorde un poids considérable à la camaraderie masculine et

172

173

174

aspects of the Order. I would not. First, if male camaraderie suffices to render the *Human Rights Act* inapplicable, any organization that excludes women from membership could make a convincing case for the perpetual exclusion of women. Second, in so far as it is asserted that male camaraderie is a sign of privateness, it may be ventured that while close camaraderie may be consistent with privateness, it is hardly its guarantee. Members of public as well as private organizations may enjoy close camaraderie. If the Order were only or even mainly a club devoted to promoting male camaraderie, the *Human Rights Act* could not touch it. It is the fact that the Order has arrogated to itself important public functions and conferred important public status on its members that brings it into the public domain regulated by the Act. In the case at bar, the camaraderie enjoyed by the members flows from the public purpose of the Order. The evidence shows that it is the members' common status and history as pioneers, rather than as men, which forms the common bond between them.

aux aspects fraternels de l'Ordre. Pas moi. Premièrement, si l'existence d'une camaraderie masculine suffisait à rendre la *Loi sur les droits de la personne* inapplicable, tout organisme qui n'admet pas les femmes en son sein pourrait plaider de manière convaincante en faveur de leur exclusion perpétuelle. Deuxièmement, dans la mesure où on prétend que la camaraderie masculine est l'indice d'un caractère privé, on peut soutenir que si camaraderie étroite est compatible avec caractère privé, ce n'en est pas la garantie, loin de là. Les membres d'organismes publics peuvent, tout comme les membres d'organismes privés, jouir d'une étroite camaraderie. Si l'Ordre était uniquement ou même principalement un club voué à la promotion de la camaraderie masculine, il serait hors d'atteinte de la *Loi sur les droits de la personne*. C'est le caractère public des fonctions qu'il assume et l'importance publique du statut qu'il confère à ses membres qui en font un organisme du domaine public assujéti à la Loi. Dans l'affaire qui nous est soumise, la camaraderie dont jouissent les membres découle de l'objet public de l'Ordre. Il ressort en effet de la preuve que c'est le statut et l'histoire que les membres partagent en tant que pionniers, et non en tant qu'hommes, qui les unissent.

175 Finally, I must dissociate myself from the suggestion that the non-commercial benefits here at issue are less public or worthy of protection than commercial services, implicit in *La Forest J.*'s assertion that "[t]he membership offered by the Order is in sharp contrast with services such as restaurants, bars and public utilities, to name a few obvious examples" (para. 86). This Court in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, rejected the older *Gay Alliance* jurisprudence which defined "services to the public" in terms of traditionally recognized services such as restaurants, bars or public utilities. We there recognized that discrimination can occur in the provision of a multitude of services, and rejected the notion that the concept should be limited to a few traditionally recognized commercial categories. I would not wish this Court, by use of the old terminology, to be taken as reneging on the important

Enfin, je dois me dissocier de l'idée que les avantages non commerciaux en cause en l'espèce ont un caractère moins public ou digne de protection que les services commerciaux, idée qui découle implicitement de l'affirmation du juge *La Forest* selon laquelle la qualité de membre offerte par l'Ordre «est fort différente des services tels les restaurants, les bars et les services publics, pour ne donner que quelques exemples évidents» (par. 86). Notre Cour, dans l'arrêt *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, a rejeté l'ancienne jurisprudence établie par l'arrêt *Gay Alliance* où l'on avait défini les «services au public» en termes de services traditionnellement reconnus tels les restaurants, les bars et les services publics. Dans *Berg*, nous avons reconnu qu'il peut y avoir discrimination dans la fourniture d'une multitude de services, rejetant ainsi l'idée de restreindre l'expression à quelques catégories com-

advance in Canadian human rights law marked by *Berg*.

I would allow the appeal and reinstate the order of the Board of Adjudication with costs.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Eberts, Symes & Street, Toronto; O'Brien & Associates, Whitehorse.

Solicitors for the respondents: Anton, Campion, Macdonald & Phillips, Whitehorse.

Solicitor for the intervener: B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

merciales traditionnellement reconnues. Je ne voudrais pas que, par le recours à l'ancienne terminologie, notre Cour soit perçue comme revenant sur l'important progrès qu'a marqué l'arrêt *Berg* en matière de droits de la personne au Canada.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir l'ordonnance du conseil d'arbitrage.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs des appelantes: Eberts, Symes & Street, Toronto; O'Brien & Associates, Whitehorse.

Procureurs des intimés: Anton, Campion, Macdonald & Phillips, Whitehorse.

Procureur de l'intervenant: B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Murray Calder *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CALDER

File No.: 24323.

1995: November 9; 1996: March 21.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Trial judge excluding statement obtained from accused in violation of his right to counsel from Crown's case in chief — Crown later seeking to have statement admitted to impeach accused's testimony at trial — Whether change of circumstances justifies reconsideration of trial judge's earlier ruling that admission of the evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused, a police officer, was charged with attempting to purchase the sexual services of a person under 18 years of age, extortion, and breach of trust. All of the charges arose out of a single incident involving him and a 17-year-old prostitute. Prior to being charged, the accused was interviewed by two investigating officers, who cautioned him but did not inform him of his right to counsel. During the course of the interview, the accused denied having gone to a particular street corner the previous night at the time allegedly appointed for a meeting with the complainant prostitute. This statement was untrue, as was demonstrated by the evidence of an independent witness as well as that of the complainant, and of the accused at trial. The Crown wished to use the accused's statement as substantive evidence of consciousness of guilt. The trial judge held that s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached by the investigating officers and excluded the statement pursuant to s. 24(2). He also refused to permit the Crown to use the previously excluded statement to impeach the accused's credibility during cross-examination. The accused was acquitted of all charges. The Court of Appeal, in a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Murray Calder *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. CALDER

N° du greffe: 24323.

1995: 9 novembre; 1996: 21 mars.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Élément de preuve écarté — Le juge du procès a écarté de la preuve principale du ministère public une déclaration soustraite à l'accusé en contravention de son droit à l'assistance d'un avocat — Demande subséquente par le ministère public afin d'utiliser la déclaration pour attaquer le témoignage de l'accusé au procès — Le changement dans les circonstances justifie-t-il de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'accusé, qui est agent de police, a été inculpé d'avoir tenté d'acheter les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans, d'extorsion et d'abus de confiance. Tous ces chefs d'accusation avaient leur origine dans un seul incident impliquant l'accusé et une prostituée âgée de 17 ans. Avant son inculpation, l'accusé a été interrogé par deux enquêteurs qui lui ont fait une mise en garde, sans toutefois l'informer de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Au cours de l'interrogatoire, l'accusé a nié s'être rendu la nuit précédente, à un coin de rue donné, à l'heure qui aurait été convenue avec la prostituée plaignante. Cette déclaration était fautive, ainsi qu'il ressort des dépositions d'un témoin neutre et de la plaignante, tout comme du témoignage de l'accusé au procès. Le ministère public voulait produire la déclaration de l'accusé comme preuve de fond de la conscience coupable. Le juge du procès a conclu que les enquêteurs avaient enfreint l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a écarté la déclaration en application du par. 24(2). Il a également refusé au ministère public l'autorisation d'utiliser la déclaration écartée précédemment pour attaquer la crédibilité de l'accusé lors du contre-interrogatoire.

majority decision, dismissed the Crown's appeal. This appeal is to determine whether tender of the accused's out-of-court statement for the purpose of cross-examination constituted a change of circumstances justifying a reconsideration of the trial judge's earlier ruling that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

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

Per Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The circumstances relied on by the Crown as establishing a change of circumstances in this case were the fact that the accused testified at variance with his previous statement, and the proposed limited use of the evidence. The Crown sought the introduction of the statement, however, because it was in a position to prove from its own witnesses that it was false. In light of this, it would not have escaped the Crown that the accused would likely testify and that his testimony could contradict the statement. With respect to the proposed limited use of the evidence, tender of an admission as evidence generally constitutes tender of it for all purposes unless it is tendered for a limited purpose. In this case, there was no indication that the admission was to be used only as part of the Crown's case in chief and not for the purpose of cross-examination. Accordingly, the proposed use was one of the two uses for which the evidence had been tendered and excluded.

The preoccupation of s. 24(2) of the *Charter* is with the effect that admission of the evidence will have on the repute of the administration of justice. Destroying the credibility of an accused who takes the stand in his or her defence using evidence obtained from the mouth of the accused in breach of his or her *Charter* rights will usually have the same effect as use of the same evidence when adduced by the Crown in its case in chief for the purpose of incrimination. It will only be in very limited circumstances that a change in use as proposed in this case will qualify as a material change of circumstances that would warrant reopening the issue once evidence has been excluded under s. 24(2). However, the possibility should not be entirely ruled out. To the extent that the Crown considers in a given case that restricting use of a statement to cross-examination will lighten its task in getting the statement admitted for this purpose under s. 24(2), it can seek a ruling to this effect either during

L'accusé a été acquitté de tous les chefs d'accusation. Dans une décision majoritaire, la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par le ministère public. Il s'agit, dans le présent pourvoi, de déterminer si le fait de produire la déclaration extrajudiciaire de l'accusé pour les fins du contre-interrogatoire constitue un changement de circonstances justifiant de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

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

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Les facteurs cités par le ministère public pour soutenir qu'il y a eu changement dans les circonstances étaient le fait que le témoignage de l'accusé ne concordait pas avec sa déclaration antérieure, et l'usage limité que l'on proposait de faire de cet élément de preuve. Le ministère public a essayé de faire admettre la déclaration en preuve parce qu'il était en mesure d'en prouver la fausseté grâce à ses propres témoins. Il s'ensuit que le ministère public aurait dû penser qu'il était probable que l'accusé témoignerait et que son témoignage pourrait contredire la déclaration. En ce qui concerne l'usage limité que l'on proposait de faire de la preuve, produire un aveu à titre de preuve revient à le produire à des fins générales sauf précision que cet aveu est produit dans un but limité. En l'espèce, rien n'indiquait que l'aveu devait servir uniquement pour la preuve principale du ministère public, et non pour le contre-interrogatoire. En conséquence, l'usage envisagé était l'un des deux usages pour lesquels cet élément de preuve a été produit et écarté.

Au cœur du par. 24(2) de la *Charte* est le souci que suscite l'effet de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. L'anéantissement de la crédibilité de l'accusé qui témoigne pour sa propre défense, au moyen de déclarations qui lui sont soutirées en violation des droits qu'il tient de la *Charte*, aura normalement le même effet que l'utilisation des mêmes déclarations dans la preuve principale du ministère public pour l'incriminer. Ce n'est que dans des circonstances très limitées que le nouvel usage tel qu'il est envisagé en l'espèce remplira la condition du changement notable dans les circonstances qui justifierait de revenir sur la question une fois que la preuve a été écartée en application du par. 24(2), bien que l'on ne doive pas écartier toute possibilité dans certains cas exceptionnels. Si, dans un cas d'espèce, le ministère public estime que limiter l'utilisation de la déclaration au contre-interrogatoire lui facilitera la tâche de la faire admettre à

its case or before cross-examining the accused. In either case, a *voir dire* will be necessary in which the trial judge will consider the admissibility of the statement for the limited purpose for which the Crown intends to use the statement. Here, the admission of the impugned statement was rejected by the trial judge when it was tendered during the Crown's case in chief. The trial judge's finding that the statement's admission would bring the administration of justice into disrepute was confirmed by the Court of Appeal and is not challenged by the Crown. The evidence at trial developed into a contest of credibility between the complainant and the accused. In acquitting the accused, the jury no doubt considered that the evidence of the accused was sufficiently credible at least to raise a reasonable doubt. In view of the potential effect on the credibility of the accused and the findings of the trial judge, the proposed use of the statement for impeachment of credibility was not a material change of circumstances which warranted a reconsideration of the finding that the admission of the statement would bring the administration of justice into disrepute.

Per La Forest J.: Sopinka J.'s reasons were generally agreed with, except that it is difficult to imagine any special circumstances that would warrant departure from the approach set forth.

Per McLachlin J. (dissenting): Under s. 24(2) of the *Charter*, the only question is whether admission of the statement in "all the circumstances" would bring the administration of justice into disrepute. When the Crown tenders a witness's statement as substantive evidence of what happened, different considerations may arise than when the same statement is used to test the maker's credibility in cross-examination. The concern for getting at the truth may weigh against admitting a statement tendered as substantive evidence where there is fear that the *Charter* violation may have rendered it unreliable. The same concern for getting at the truth may weigh in favour of using the same statement in cross-examination to test the accused's credibility and uncover any inaccuracies or fabrications in his evidence in chief. The same applies to the interest of protecting the accused's right to a fair trial. It may be seen as unfair to tender against an accused as substantive evidence a statement which the state obtained from him in violation of his *Charter* rights. However, where the accused chooses to take the stand and place his credibility in issue, it is more difficult to say that it is unfair to permit the Crown to cross-examine him on his prior inconsistent statement and to put to him the vital ques-

cette fin en vertu du par. 24(2), il peut demander à la cour de se prononcer soit pendant la présentation de sa preuve soit avant le contre-interrogatoire de l'accusé. Dans l'un et l'autre cas, un voir-dire est nécessaire au cours duquel le juge du procès considérera l'admissibilité de la déclaration pour les fins limitées auxquelles le ministère public la destine. En l'espèce, le juge du procès a refusé l'admission de la déclaration en cause lorsqu'elle a été produite dans le cours de la présentation de la preuve principale du ministère public. Il a conclu que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. Le ministère public ne conteste pas cette conclusion qui a été confirmée par la Cour d'appel. Les témoignages au procès ont donné lieu à une épreuve de crédibilité entre la plaignante et l'accusé. En acquittant ce dernier, le jury a sans doute jugé que son témoignage était suffisamment digne de foi pour susciter au moins un doute raisonnable. Vu l'effet potentiel sur la crédibilité de l'accusé et vu les conclusions tirées par le juge du procès, l'usage proposé de la déclaration afin d'attaquer la crédibilité ne représentait pas un changement notable dans les circonstances, qui justifierait de revenir sur la conclusion que l'utilisation de cette déclaration déconsidérerait l'administration de la justice.

Le juge La Forest: De façon générale, les motifs du juge Sopinka sont acceptés, sauf qu'il est difficile d'imaginer quelque exemple de cas exceptionnel qui justifierait de déroger à l'approche qu'il formule.

Le juge McLachlin (dissidente): Sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*, la seule question qui se pose est de savoir si, «eu égard aux circonstances», l'utilisation de la déclaration est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La décision du ministère public de présenter la déclaration d'un témoin comme preuve de fond de ce qui s'est passé peut faire entrer en jeu des considérations différentes de celles qui le seraient si cette même déclaration était utilisée pour éprouver la crédibilité de son auteur en contre-interrogatoire. Le souci de découvrir la vérité peut militer contre l'utilisation d'une déclaration produite en tant que preuve de fond, si l'on craint que la violation de la *Charte* l'ait rendue peu fiable. Le même souci de découvrir la vérité peut par ailleurs militer en faveur de l'utilisation de cette déclaration en contre-interrogatoire pour éprouver la crédibilité de l'accusé et faire ressortir les inexactitudes ou les fabrications de son témoignage en interrogatoire principal. Il en va de même du souci de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Il peut être considéré injuste de présenter comme preuve de fond contre un accusé une déclaration que l'État lui a soutirée en violation des droits que lui garantit la *Charte*. Cependant, si l'accusé choisit de déposer et met sa crédibilité

tion of which version is true. Here the trial judge erred in law in holding that he could not reassess the admissibility of the accused's statement when it was offered for impeachment purposes during the accused's cross-examination, and the Crown has met the heavy onus of demonstrating with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the error in law not been made.

Cases Cited

By Sopinka J.

Distinguished: *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; **referred to:** *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Edwards* (1986), 31 C.R.R. 343; *R. v. Rousseau* (1990), 54 C.C.C. (3d) 378; *R. v. Armstrong*, [1993] O.J. No. 2703 (QL); *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Levy* (1966), 50 Cr. App. R. 198.

Statutes and Regulations Cited

American Bill of Rights.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 13, 24(2).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of attempting to purchase the sexual services of a person under 18 years of age, extortion, and breach of trust. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting.

Ian R. Smith, for the appellant.

Edward L. Greenspan, Q.C., and *Alison Wheeler*, for the respondent.

en jeu, il est alors plus difficile d'affirmer qu'il est injuste de permettre au ministère public de le contre-interroger sur sa déclaration antérieure incompatible et de lui poser la question vitale de savoir laquelle des versions est la vérité. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant qu'il ne pouvait pas ré-examiner l'admissibilité de la déclaration de l'accusé, lorsqu'on a proposé de l'utiliser au cours de son contre-interrogatoire afin d'attaquer sa crédibilité, et le ministère public s'est acquitté du très lourd fardeau qu'il avait de démontrer, avec un degré raisonnable de certitude, que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Distinction faite d'avec l'arrêt: *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; **arrêts mentionnés:** *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *Monette c. The Queen*, [1956] R.C.S. 400; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Edwards* (1986), 31 C.R.R. 343; *R. c. Rousseau* (1990), 54 C.C.C. (3d) 378; *R. c. Armstrong*, [1993] O.J. No. 2703 (QL); *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396; *R. c. Levy* (1966), 50 Cr. App. R. 198.

Lois et règlements cités

American Bill of Rights.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 13, 24(2).
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1, ayant rejeté l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement aux accusations de tentative d'achat de services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans, d'extorsion et d'abus de confiance. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin est dissidente.

Ian R. Smith, pour l'appelante.

Edward L. Greenspan, c.r., et *Alison Wheeler*, pour l'intimé.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

1 LA FOREST J. — I am in general agreement with Justice Sopinka except that I find it difficult to imagine any special circumstances to which he refers in para. 35 that would warrant departure from the approach he sets forth.

LE JUGE LA FOREST — Je suis d'accord de façon générale avec le juge Sopinka, sauf que j'ai de la difficulté à imaginer un exemple des cas exceptionnels, auxquels il fait allusion au par. 35, qui justifieraient de déroger à l'approche qu'il formule.

The judgment of Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

2 SOPINKA J. — This appeal involves the question whether the proposed purpose for the use of evidence has any bearing on its admissibility pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this case, a statement was obtained from the respondent in violation of his right to counsel, and was excluded from the Crown's case in chief. The Crown later sought to have the statement admitted for the purpose of impeaching the testimony of the respondent at trial.

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'usage qu'on propose de faire d'un élément de preuve a quelque incidence sur son admissibilité au regard du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'espèce, une déclaration obtenue de l'intimé en violation de son droit à l'assistance d'un avocat, a été exclue de la preuve principale du ministère public. Par la suite, celui-ci a cherché à faire admettre cette déclaration afin d'attaquer la crédibilité du témoignage de l'intimé au procès.

I. The Facts

I. Les faits

3 Murray Calder, a police officer, was charged with attempting to purchase the sexual services of a person under 18 years of age, extortion, and breach of trust. All of the charges arose out of a single incident involving Calder and Shelley Desrochers, a 17-year-old prostitute.

Murray Calder, qui est agent de police, a été accusé de tentative d'acheter les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans, d'extorsion et d'abus de confiance. Tous ces chefs d'accusation avaient leur origine dans un seul incident impliquant Calder et Shelley Desrochers, une prostituée âgée de 17 ans.

4 Prior to being charged, Calder was interviewed by two investigating officers. He was cautioned as follows:

Avant son inculpation, Calder a été interrogé par deux enquêteurs qui lui ont fait la mise en garde suivante:

... we are investigating alleged sexual misconduct which could result in criminal charges or charges under the *Police Act*. You do not have to say anything unless you wish to do so, but whatever you do say may be given in evidence at the criminal trial or a trial under charges under the *Police Act*. Do you understand?

[TRADUCTION] ... nous enquêtons sur une plainte de méfait sexuel susceptible d'entraîner le dépôt d'accusations au criminel ou en vertu de la *Police Act*. Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, mais si vous le faites, tout ce que vous direz pourrait servir de preuve au procès criminel ou au procès tenu sous le régime de la *Police Act*. Est-ce que vous comprenez?

Calder answered that he did understand. He was then told that the complaint came from Shelley Desrochers, and he asked: "What's with the caution?" No answer was given, and Calder asked

Calder a répondu qu'il comprenait. Il a été alors informé que la plainte émanait de Shelley Desrochers et il a demandé: [TRADUCTION] «À quoi rime cette mise en garde?» Ne recevant pas de

again: "Why the caution?" At this point, the investigating officer read the section of the *Criminal Code* dealing with procuring the sexual services of a person under 18. There was no further explanation given for the caution. The trial judge held that s. 10(b) of the *Charter* had been breached by the investigating officers.

During the course of the interview, Calder denied having gone to the corner of Queen and Bathurst the previous night at the time allegedly appointed for a meeting with Desrochers. This statement was untrue, as was demonstrated by the evidence of an independent witness as well as that of the complainant, and of the respondent at trial. The Crown wished to use Calder's statement as substantive evidence of consciousness of guilt. The trial judge excluded the statement pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Calder's testimony in chief contradicted his earlier statement to the police respecting his whereabouts on the night in question. The trial judge refused to permit the Crown to use the previously excluded statement to impeach credibility during cross-examination. The Crown used other evidence to attempt to impeach credibility: Calder's notes, the police car computer records and police records from the night in question.

A jury acquitted Calder of all charges. The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal, submitting that the trial judge erred in excluding the evidence from the case for the Crown, and alternatively, that if the statement was properly excluded initially, the Crown should have been permitted to use the statement for impeachment purposes during cross-examination of the respondent. The Crown's appeal was dismissed, Doherty J.A. dissenting: (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1. The appeal is before this Court as an appeal as of right.

réponse, il a demandé de nouveau: [TRADUCTION] «Pourquoi cette mise en garde?» L'enquêteur lui a donné alors lecture de l'article du *Code criminel* relatif à l'obtention de services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans. Aucune autre explication n'a été donnée de la mise en garde. Le juge de première instance a conclu que les enquêteurs avaient enfreint l'al. 10b) de la *Charte*.

Au cours de l'interrogatoire, Calder a nié s'être rendu la nuit précédente au coin des rues Queen et Bathurst au moment où, selon Desrochers, il devait l'y rencontrer. Cette déclaration était fautive, ainsi qu'il ressort des dépositions d'un témoin neutre et de la plaignante, tout comme du témoignage de l'intimé au procès. Le ministère public voulait produire la déclaration de Calder comme preuve de fond de la conscience coupable. Le juge de première instance l'a écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le témoignage de Calder au procès contredisait la déclaration qu'il avait faite auparavant à la police au sujet de l'endroit où il se trouvait la nuit en question. Le juge de première instance n'a pas permis au ministère public d'utiliser la déclaration précédemment exclue pour attaquer la crédibilité lors du contre-interrogatoire. Le ministère public s'est servi d'autres éléments de preuve à cette fin: les notes de Calder, les enregistrements de l'ordinateur de bord de la voiture de patrouille et les registres de la police de la nuit en question.

Le jury a acquitté Calder relativement à tous les chefs d'accusation. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, alléguant que le juge de première instance avait commis une erreur en excluant cet élément de preuve présenté par le ministère public et, subsidiairement, que, si la déclaration avait été exclue à bon droit à l'origine, le ministère public aurait dû être autorisé à s'en servir pour attaquer la crédibilité de l'intimé durant son contre-interrogatoire. L'appel du ministère public a été rejeté, le juge Doherty étant dissident: (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1. Ce pourvoi s'exerce à titre de pourvoi de plein droit.

II. Relevant Legislative Provisions

Sections 10(b), 13 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . .

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury of for the giving of contradictory evidence.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Decisions Below

Ontario Court (General Division) (Ferguson J.)

(i) Ruling on voir dire

8

The trial judge held, in his ruling on *voir dire*, that the direction given to the appellant by the police dispatcher to attend at the police station was, in fact, an order. Further, he held that the interrogation was not a mere disciplinary proceeding under the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15. The trial judge observed that the respondent was cautioned, was interrogated by two senior officers and was not left on his own from the time he arrived until his suspension. The trial judge accepted the respondent's perception that he was obliged to attend and to answer questions. The trial judge held that the respondent had been detained, and that he should have been advised of his *Charter* rights. The failure to so advise the respondent was a breach of his rights under the *Charter*. Further, the trial judge held that the admission of the statement obtained would bring the administration

II. Les textes applicables

Les articles 10b), 13 et 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

. . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Les décisions des instances inférieures

Cour de l'Ontario (Division générale) (le juge Ferguson)

(i) Décision après voir-dire

Le juge du procès a conclu, après voir-dire, que l'intimation faite par le répartiteur de la police à l'intimé de se rendre au poste de police était en fait un ordre, et que son interrogatoire ne relevait pas d'une simple mesure disciplinaire en vertu de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15. Le juge du procès a fait remarquer que l'intimé avait reçu une mise en garde, qu'il avait été interrogé par deux officiers supérieurs, et qu'il n'avait pas été laissé seul depuis son arrivée jusqu'à sa suspension. Le juge du procès a ajouté foi à l'assertion de l'intimé qu'il se sentait obligé de se présenter au poste de police et de répondre aux questions. Il a conclu que l'intimé avait été détenu et qu'il aurait dû être informé des droits que lui garantit la *Charte*. Le défaut de l'en informer constituait une violation de ces droits. En outre, le juge du procès a conclu que l'utilisation

of justice into disrepute. Thus, the statement was held to be inadmissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

(ii) Ruling on Use of Statement for Impeachment

The trial judge held that to accede to the Crown's request to use the statement for a new purpose, after having ruled that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, would be grossly unfair to the accused. He stated that the circumstances of the case at bar were entirely different than the case in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618.

Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 643

Labrosse J.A.

Labrosse J.A. agreed with Doherty J.A. concerning the trial judge's finding that the respondent had been detained, and that the statement should have been excluded. He did not agree, however, that the trial judge should have permitted the Crown to use the respondent's statement during cross-examination to impeach his credibility.

Labrosse J.A. first stated his view that the American authorities cited by the Crown were not particularly helpful in carrying out the analysis required under s. 24(2) of the *Charter*, as the American system is different in so many aspects of principle and philosophy from the Canadian system. He then explained why he did not consider the decision in *Kuldip*, *supra*, to be applicable to the case at bar. In the course of distinguishing *Kuldip*, he stated that the principles and policies underlying that decision are not helpful in deciding the issue in this appeal due to the unique circumstances in which s. 13 of the *Charter* applies. In this regard, Labrosse J.A. quoted from Lamer C.J.'s reasons in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and stated that "[t]he Chief Justice cautioned

en preuve de la déclaration en question déconsidérerait l'administration de la justice. Par conséquent, il l'a jugée non admissible par application du par. 24(2) de la *Charte*.

(ii) Décision sur l'utilisation de la déclaration afin d'attaquer la crédibilité

Le juge du procès a estimé que, ayant conclu que l'utilisation de la déclaration en question déconsidérerait l'administration de la justice, il serait éminemment inéquitable envers l'intimé d'accéder à la demande du ministère public de l'utiliser à une autre fin. À son avis, les circonstances de l'espèce étaient complètement différentes de celles de l'affaire *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 643

Le juge Labrosse

Le juge Labrosse partage l'opinion du juge Doherty sur la conclusion du juge du procès que l'intimé avait été détenu et que sa déclaration devait être écartée. Il n'est cependant pas d'accord avec son collègue que le juge du procès aurait dû permettre au ministère public d'utiliser la déclaration de l'intimé pour attaquer sa crédibilité durant le contre-interrogatoire.

Le juge Labrosse conclut en premier lieu que la jurisprudence américaine citée par le ministère public n'est d'aucun secours pour l'analyse en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, puisque le système américain est tellement différent, sur le plan des principes et de la philosophie, du système canadien. Il explique ensuite pourquoi à son avis, l'arrêt *Kuldip*, précité, n'est pas applicable en l'espèce. En distinguant l'espèce de l'affaire *Kuldip*, il fait observer que les considérations de principe qui sous-tendent *Kuldip* ne sont d'aucun secours pour le jugement de la question soulevée en appel, en raison des conditions particulières d'application de l'art. 13 de la *Charte*. À cet égard, il cite les motifs prononcés par le juge en chef Lamer dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, pour rappeler que

9

10

11

that s. 13 applies to a unique set of circumstances” (p. 669).

[TRADUCTION] «[l]e Juge en chef a averti que l’art. 13 s’applique à des circonstances très particulières» (p. 669).

12 Labrosse J.A. went on to consider the factors in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and concluded that on the basis of those factors the statement was inadmissible.

Le juge Labrosse passe ensuite en revue les facteurs considérés dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et conclut à la lumière de ces facteurs que la déclaration en question n’était pas admissible en preuve.

13 Finally, Labrosse J.A. agreed with the assertion of counsel for the respondent that the Crown had failed to demonstrate that the verdict would not necessarily have been the same had the statement been admitted.

Enfin, il convient avec l’avocat de l’intimé que le ministère public n’a pu démontrer que le verdict n’aurait pas été nécessairement le même si la déclaration avait été admise.

McKinlay J.A.

Le juge McKinlay

14 McKinlay J.A. wrote a separate judgment concurring with Labrosse J.A.’s disposition of the appeal. She expressed agreement with Doherty J.A.’s holding “that in appropriate circumstances, as carefully outlined in [Doherty J.A.’s] reasons, prior inconsistent statements of an accused could be admissible in cross-examination for the sole purpose of attacking his credibility” (p. 676). McKinlay J.A. shared Labrosse J.A.’s view, however, concerning the gravity of the s. 10(b) *Charter* violation in this case, and expressed her agreement with Labrosse J.A.’s analysis of the facts leading to his conclusion that the Crown had not established that the verdict “would not necessarily have been the same had the statement been admitted for the limited purpose of testing credibility” (p. 676).

Le juge McKinlay a prononcé des motifs distincts mais au même effet que ceux du juge Labrosse. Elle exprime son accord avec le juge Doherty par cette conclusion: [TRADUCTION] «dans les cas qui s’y prêtent, tels qu’ils sont soigneusement définis dans les motifs [prononcés par le juge Doherty], des déclarations antérieures incompatibles de l’accusé pourraient être admissibles au contre-interrogatoire à seule fin de mettre en doute sa crédibilité» (p. 676). Elle partage cependant le point de vue du juge Labrosse sur la gravité de la violation en l’espèce de l’al. 10b) de la *Charte*, ainsi que son analyse des faits qui l’ont amené à conclure que le ministère public n’avait pas démontré que le verdict [TRADUCTION] «n’aurait pas été nécessairement le même si la déclaration avait été admise juste pour mettre en doute la crédibilité» (p. 676).

Doherty J.A. (dissenting)

Le juge Doherty (dissident)

15 Doherty J.A. agreed that the trial judge had been correct to exclude the statement from the Crown’s case under s. 24(2). He noted that, “given the breach of s. 10(b) found by the trial judge, the exclusion of the evidence is entirely consistent with the controlling jurisprudence” (p. 654).

Le juge Doherty reconnaît que le juge du procès a eu raison d’écarter la déclaration en question de la preuve du ministère public en application du par. 24(2), et que [TRADUCTION] «vu sa conclusion à la violation de l’al. 10b), l’exclusion de cet élément de preuve est parfaitement conforme à la jurisprudence en la matière» (p. 654).

16 It was his opinion, however, that Ferguson J. had erred in not permitting the Crown to use the

Il estime cependant que le juge Ferguson a commis une erreur faute d’avoir permis au ministère

statement solely to impeach the accused in cross-examination. Doherty J.A. stated, *inter alia*, that the language of s. 24(2) and the principles guiding its interpretation compel the conclusion that “evidence ruled inadmissible at one stage in a trial may be admitted at another point in the same trial if the circumstances have changed so as to alter the effect [of admission of the evidence] on the administration of justice” (p. 658).

Doherty J.A. reasoned that the exclusionary power granted by s. 24(2) revolved around an inquiry into the effect of admitting the impugned evidence on the fairness of the trial and that “[t]hat inquiry rests on the premise that the impugned evidence is being used to incriminate the accused” (p. 661). The determination of voluntariness is made with reference to the circumstances surrounding the taking of the statement. Nothing that occurs during the course of the trial can alter those circumstances or affect the voluntariness of the statement. In contrast, the circumstances relevant to the s. 24(2) inquiry are more dynamic; admissibility is not determined solely by reference to past events or circumstances. The impact of the admission of the evidence on the repute of the administration of justice is what is of concern. The relevant circumstances may therefore occur at any time before the evidence is tendered, including after the commencement of the trial. Both the language of s. 24(2) and this Court’s approach to that language contemplate that there will be cases where events occurring during the course of the trial will be relevant to the s. 24(2) inquiry.

Referring to *Kuldip*, Doherty J.A. stated that a statement used only to impeach credibility is not used to incriminate the accused and as such does not negatively impact upon the fairness of the trial in the same manner as would a statement used for the purpose of incrimination. Applying the factors relevant to s. 24(2), he found that use of the statement for the purpose of cross-examination would

public d’utiliser la déclaration en question dans le but unique d’attaquer la crédibilité de l’accusé lors du contre-interrogatoire. Il dit notamment que les termes du par. 24(2) et les principes qui en régissent l’interprétation forcent à conclure que [TRA-DUCTION] «des éléments jugés non admissibles à une étape du procès pourraient être admis à un autre moment du même procès si les circonstances ont changé de façon à changer l’effet [de l’utilisation de cet élément de preuve] sur l’administration de la justice» (p. 658).

Selon le juge Doherty, le pouvoir d’écarter des preuves, que confère le par. 24(2), met en jeu l’analyse de l’effet que peut avoir l’utilisation de la preuve contestée sur l’équité du procès et [TRADUCTION] «[c]ette analyse repose sur le postulat que la preuve contestée sert à incriminer l’accusé» (p. 661). Une déclaration est volontaire ou non selon les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue. Rien de ce qui se produit dans le cours du procès ne peut changer ces circonstances ou modifier la nature volontaire ou involontaire de la déclaration. Par contraste, les circonstances à prendre en considération dans l’analyse en vertu du par. 24(2) sont plus dynamiques; l’admissibilité n’est pas uniquement jugée à la lumière d’événements ou de circonstances passés. Ce dont il faut se préoccuper, c’est de l’effet de l’utilisation de l’élément de preuve en question sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Les circonstances pertinentes peuvent donc être des circonstances qui se présentent à tout moment avant la production de cet élément de preuve, même après l’ouverture du procès. Il ressort des termes du par. 24(2) et de l’interprétation qu’en fait notre Cour qu’il est des cas où des événements survenus durant le procès doivent être pris en considération dans l’analyse en vertu du par. 24(2).

Citant l’arrêt *Kuldip*, le juge Doherty estime que se servir d’une déclaration à seule fin de mettre en doute la crédibilité de l’accusé ne revient pas à incriminer celui-ci et, de ce fait, ne compromet pas l’équité du procès au même titre qu’une déclaration produite pour incriminer. Appliquant les facteurs à prendre en considération en vertu du par. 24(2), il conclut que l’utilisation de la déclaration

not bring the administration of justice into disrepute.

IV. Analysis

19

The submission of the Crown which accords with the dissenting reasons of Doherty J.A. is that tender of the respondent's out-of-court statement for the purpose of cross-examination constituted a change of circumstances justifying a reconsideration of the trial judge's earlier ruling that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The Crown submits that in light of the changed circumstances the trial judge should have held a further *voir dire* to reconsider the application of s. 24(2) of the *Charter* having regard to the change in the proposed use of the evidence. The Crown does not appeal from the decision of the trial judge which excluded the evidence when it was tendered during the Crown's case. In his dissent, Doherty J.A. agreed that the trial judge had been correct in respect of this ruling which was properly based on the factors in *Collins, supra*, and concluded that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. No leave having been granted on this point, no issue can be taken with that ruling here.

20

Much reliance was placed on the decision of this Court in *Kuldip, supra*. That decision, however, is not of immediate assistance to the Crown. *Kuldip* decided that the accused could be cross-examined on a statement made by him at a previous trial notwithstanding s. 13 of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. At bottom, the ratio of that decision is that the provisions referred to are to be interpreted as prohibiting use of prior inconsistent statements for the purposes of incrimination but not for the purpose of challenging credibility. *Kuldip* did not involve any previous determination that the statement was inadmissible. All that stood in the way of the Crown's use of the statement was the wording of ss. 13 and 5(2), which prohibited use of the statements for the purpose of incrimination. When that prohibition was interpreted to per-

aux fins de contre-interrogatoire ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

IV. Analyse

L'argument du ministère public qui concorde avec l'avis dissident du juge Doherty est que le fait de produire la déclaration extrajudiciaire de l'intimé pour le contre-interrogatoire constitue un changement dans les circonstances, qui justifie de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès, savoir que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le ministère public soutient que, vu ces circonstances nouvelles, le juge du procès aurait dû tenir un autre voir-dire afin de réexaminer l'application du par. 24(2) de la *Charte* pour prendre en compte le changement proposé dans l'utilisation de cet élément de preuve. Son appel ne vise pas la décision par laquelle le juge du procès a écarté cet élément de preuve lorsque le ministère public le produisait dans le cadre de sa preuve principale. Dans ses motifs dissidents, le juge Doherty a reconnu le bien-fondé de cette conclusion, motivée à bon droit par les facteurs dégagés dans l'arrêt *Collins*, précité, et a conclu que l'utilisation de cet élément de preuve aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Comme il n'y a pas eu autorisation d'appel sur ce point, cette conclusion ne saurait être en cause devant la Cour.

L'argumentation est centrée sur l'arrêt de notre Cour *Kuldip*, précité, qui n'est cependant d'aucun secours direct pour le ministère public. Il a été jugé dans *Kuldip* que l'accusé pourrait être contre-interrogé au sujet d'une déclaration qu'il avait faite dans un procès antérieur, et ce en dépit de l'art. 13 de la *Charte* et du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Au fond, cette décision signifie que les dispositions invoquées doivent être interprétées comme interdisant l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles pour incriminer, et non pas pour attaquer la crédibilité. Il n'était nullement question dans *Kuldip* d'une décision antérieure portant que la déclaration n'était pas admissible. Le seul obstacle à l'utilisation par le ministère public de la déclaration était le libellé de l'art. 13 et du par. 5(2) qui interdisait l'utilisation de déclara-

mit cross-examination on the statement for the purpose of challenging credibility, the Crown was free to use the statement accordingly. Here, we have a determination by the trial judge that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The evidence was therefore rejected. The Crown properly conceded that use of the evidence for the limited purpose of cross-examination as to credibility was an "admission" of the evidence. The Crown must therefore establish a change of circumstances by reason of the proposed limited use of the evidence such that the decision to exclude the evidence should be varied. In this regard, the distinction made in *Kuldip* between the use of evidence for the purpose of incrimination and for the purpose of cross-examination as to credibility will have some relevance.

In *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, a recent decision of this Court, we set out the circumstances under which an order made at trial can be varied or revoked. At p. 722, in unanimous reasons for the Court, we stated:

As a general rule, any order relating to the conduct of a trial can be varied or revoked if the circumstances that were present at the time the order was made have materially changed. In order to be material, the change must relate to a matter that justified the making of the order in the first place.

Earlier, at p. 722, we stated:

For instance, if the order is a discretionary order pursuant to a common law rule, the precondition to its variation or revocation will be less formal. On the other hand, an order made under the authority of statute will attract more stringent conditions before it can be varied or revoked.

The order here was made under the authority of a constitutional provision. The condition for its reconsideration must be at least as stringent as

rations de ce genre pour incriminer. Une fois cette interdiction interprétée comme permettant le contre-interrogatoire sur la déclaration dans le but de mettre en doute la crédibilité, il était loisible au ministère public de s'en servir en conséquence. Or, en l'espèce, le juge du procès a jugé que l'utilisation de l'élément de preuve en question est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, il l'a écarté. Le ministère public a reconnu à juste titre que l'utilisation de cet élément de preuve juste pour mettre la crédibilité à l'épreuve lors du contre-interrogatoire équivalait à son «admission en preuve». Il lui incombait donc de prouver qu'il y avait un changement dans les circonstances par suite de l'usage limité qu'il envisageait pour cette preuve, tel qu'il y avait lieu de modifier la décision portant exclusion. À cet égard, il convient de tenir compte de la distinction faite dans l'arrêt *Kuldip* entre l'utilisation d'un élément de preuve pour incriminer et son utilisation au contre-interrogatoire pour mettre la crédibilité à l'épreuve.

Dans un arrêt récent, *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, notre Cour a défini les conditions dans lesquelles une ordonnance rendue en cours de procès peut être modifiée ou annulée. À la page 722 de ses motifs unanimes, la Cour a tiré la conclusion suivante:

En règle générale, toute ordonnance relative au déroulement d'un procès peut être modifiée ou annulée s'il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle a été rendue. Pour que le changement soit important, il doit se rapporter à une question qui a justifié, au départ, la délivrance de l'ordonnance.

Précédemment, à la même page:

Par exemple, s'il s'agit d'une ordonnance discrétionnaire rendue en vertu d'une règle de common law, les conditions préalables à sa modification ou à son annulation seront moins rigides. Par contre, des conditions plus strictes s'appliqueront à la modification ou à l'annulation d'une ordonnance rendue aux termes d'une loi.

En l'espèce, l'ordonnance en question a été rendue en application d'une disposition constitutionnelle. Les conditions requises pour son réexamen

21

22

those that obtain with respect to an order made under the authority of a statute.

doivent en être au moins aussi rigoureuses que celles qui s'attachent à une ordonnance rendue en application d'une loi.

23

The circumstances relied on by the Crown to justify a change of circumstances in this case were: (a) the fact that the accused testified at variance with his previous statement; and (b) the proposed limited use of the evidence. With respect to (a) I have difficulty accepting that when the Crown is in possession of a previous statement it does not foresee that the accused may testify in a manner that contradicts the statement. The Crown sought the introduction of the statement because it was in a position to prove from its own witnesses that it was false. In light of this, it would not have escaped the Crown that the accused would likely testify and that his testimony could contradict the statement. With respect to (b), tender of an admission as evidence generally constitutes tender of it for all purposes unless it is tendered for a limited purpose. In this case, there was no indication that the admission was to be used only as part of the Crown's case in chief and not for the purpose of cross-examination. Indeed, if the statement had been admitted, can there be any doubt that it would have been used for both purposes? Accordingly, the proposed use was one of the two uses for which the evidence had been tendered and excluded. It was submitted, however, that the Crown's proposal that the evidence be admitted solely for the purpose of cross-examination was a change of circumstances which warranted reopening the issue. Whereas the tender of the evidence during the Crown's case was with a view to its admission generally, the more limited proposed use of the evidence was a circumstance that was not present when the evidence was originally excluded. The Crown argues, and the argument found favour with Doherty J.A., that the change in the proposed use could have a significant effect on the balancing of the relevant factors in the application of s. 24(2) of the *Charter*.

Les facteurs cités par le ministère public pour soutenir qu'il y a eu changement dans les circonstances étaient: a) le fait que le témoignage de l'accusé ne concordait pas avec sa déclaration antérieure; et b) l'usage limité que le ministère public se proposait de faire de cet élément de preuve. En ce qui concerne le facteur a), j'ai du mal à concevoir qu'étant en possession de la déclaration antérieure, le ministère public n'ait pas envisagé que l'accusé pût faire des dépositions qui la contredissent. Il a essayé de la faire admettre en preuve parce qu'il était en mesure d'en prouver la fausseté grâce à ses propres témoins. Il s'ensuit que le ministère public aurait dû penser qu'il était probable que l'accusé témoignerait et que son témoignage pourrait contredire la déclaration antérieure. En ce qui concerne le facteur b), produire un aveu à titre de preuve revient à le produire à des fins générales sauf précision que cet aveu est produit dans un but limité. En l'espèce, rien n'indiquait que l'aveu devait servir uniquement pour la preuve principale du ministère public, et non pour le contre-interrogatoire. En effet, si la déclaration en question avait été admise, il est hors de doute qu'elle aurait servi à l'une et l'autre fins. En conséquence, l'usage envisagé était l'un des deux usages pour lesquels cet élément de preuve a été produit et écarté. Le ministère public soutient cependant que sa proposition de le produire juste pour le contre-interrogatoire représentait un changement dans les circonstances qui justifiait de revenir sur la question. Alors que la production de cet élément pendant la présentation de la preuve du ministère public tendait à le faire admettre pour une utilisation générale, l'usage plus limité envisagé est une circonstance qui n'existait pas au moment où cet élément de preuve a été écarté à l'origine. L'argument du ministère public, auquel a fait droit le juge Doherty, est que le changement dans l'usage envisagé pourrait avoir un effet notable sur la pondération des facteurs à prendre en considération dans l'application du par. 24(2) de la *Charte*.

The distinction between admitting evidence generally for all purposes, including incrimination and credibility, on the one hand, and admitting evidence solely for the purposes of impeaching credibility on the other, is one that is well entrenched in the law of evidence. It has existed for years. The distinction is frequently made in connection with the use of prior inconsistent statements. See *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531, and *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588. Most recently the distinction was made in *Kuldip and R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858. This distinction has, however, been eroded in certain limited circumstances by recent decisions of this Court. See *B. (K.G.)*, *supra*, and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

The distinction draws a fine line. When a statement is admitted, generally it is available as positive evidence of innocence or guilt. The statement is evidence of the truth of its contents which may be incriminating. Moreover, the mere fact that a false exculpatory statement was made may be evidence of consciousness of guilt. On the other hand, a statement whose use is limited to a challenge of credibility can serve only to impeach the testimony of the witness. The most that can be achieved is the nullification of the witness's evidence. No matter how complete the impeachment, it does not constitute proof upon which the Crown can rely to establish its case beyond a reasonable doubt, although it may result in non-acceptance of a defence set up by the accused.

Is the distinction between use of a statement for all purposes rather than for the limited purpose of impeaching credibility a valid one in the application of s. 24(2)? The respondent draws an analogy with the practice relating to confessions. An involuntary confession could not be used for any purpose. As stated by Fauteux J. in *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400, at p. 402:

As stated by Humphreys J. delivering the judgment of the Court of Appeal in England, in *Rex v. Treacy* (1934), 60 T.L.R. 544 at 545, a statement made by a prisoner under arrest is either admissible or not; if it is

La distinction entre l'admission d'un élément de preuve pour un usage général, notamment l'incrimination et la remise en question de la crédibilité, d'une part, et l'admission à seule fin d'attaquer la crédibilité, de l'autre, est bien établie en droit de la preuve. Elle est reconnue depuis longtemps. Cette distinction est fréquemment invoquée au sujet de l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles. Voir *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, et *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588. Plus récemment, cette distinction a été invoquée dans *Kuldip* et dans *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858. Elle a été cependant estompée dans certains cas précis par des arrêts récents de notre Cour. Voir *B. (K.G.)*, précité, et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

Cette distinction est tenue. Lorsqu'une déclaration est admise, elle peut généralement servir de preuve positive de l'innocence ou de la culpabilité. Elle fait foi de son contenu qui peut être incriminant. Qui plus est, le simple fait qu'une déclaration disculpatoire fautive ait été faite peut être preuve de la conscience coupable. Par contre, une déclaration dont l'utilisation est limitée à la contestation de la crédibilité ne peut servir qu'à mettre en doute le témoignage du témoin. On peut tout au plus s'en servir pour anéantir les dépositions de ce témoin. Peu importe à quel point cet anéantissement est total, il ne constitue pas une preuve sur laquelle le ministère public peut s'appuyer pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable, encore qu'il puisse aboutir au rejet d'un moyen de défense avancé par l'accusé.

La distinction entre l'utilisation d'une déclaration à des fins générales et son utilisation à seule fin de mettre en doute la crédibilité est-elle valide dans l'application du par. 24(2)? L'intimé fait valoir par analogie la règle des confessions. On ne peut utiliser à quelque fin que ce soit une confession involontaire. Voici ce que dit le juge Fauteux dans *Monette c. The Queen*, [1956] R.C.S. 400, à la p. 402:

[TRADUCTION] Comme l'a fait observer le juge Humphreys qui rendait le jugement de la Cour d'appel en Angleterre dans *Rex c. Treacy* (1934), 60 T.L.R. 544, à la p. 545, une déclaration faite par un prisonnier en

admissible, the proper course for the prosecution is to prove it, and, if it is not admissible, nothing more ought to be heard of it; and it is wrong to think that a document can be made admissible in evidence which is otherwise inadmissible simply because it is put to a person in cross-examination.

The authority of this case has not been questioned. Moreover, it is acknowledged by the appellant that involuntary statements may not be used by the Crown for any purpose. However, the appellant seeks to distinguish the factual context of this case from that situation by stating that the reason for the exclusion of involuntary statements is their inherent unreliability. *Doherty J.A.*, in the Ontario Court of Appeal, distinguished the voluntariness inquiry from that under s. 24(2), stating (at p. 659):

Voluntariness is determined by reference to the circumstances surrounding the taking of the statement. Those circumstances are static and determinable at the outset of the trial. Nothing done in the context of the trial can alter those circumstances or otherwise affect the voluntariness of the statement. Similarly, the voluntariness of the statement cannot be affected by the purpose for which the Crown proposes to use that statement.

27 In light of the recent jurisprudence of this Court, it is evident that while the rule against admission of involuntary statements was initially based primarily on reliability concerns, the law has evolved considerably since that time. In *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, this Court held, at p. 932, that:

Although the confession rule in its traditional formulation had as its *raison d'être* the reliability of the confession, a strong undercurrent developed which also supported the rule in part on fairness in the criminal process.

28 It is, therefore, not strictly accurate to distinguish the practices relating to confessions on the basis either that reliability was the sole touchstone of their admissibility or that the circumstances relating to admissibility remained static irrespective of the proposed use. The distinction to which I have referred between use for general purposes

état d'arrestation est admissible ou ne l'est pas; si elle est admissible, il incombe à la poursuite de la prouver; si elle ne l'est pas, il n'en sera plus question; et il est faux de dire qu'on peut faire admettre en preuve un document non admissible, si on ne fait que l'opposer à la personne soumise au contre-interrogatoire.

La valeur jurisprudentielle de cet arrêt n'a pas été mise en doute. Qui plus est, l'appelante reconnaît que le ministère public ne peut faire aucun usage d'une déclaration involontaire. Elle soutient qu'il faut faire une distinction entre les faits en l'espèce et ceux de cette affaire, en soulignant que l'exclusion des déclarations involontaires s'explique par leur manque inhérent de fiabilité. En Cour d'appel de l'Ontario, le juge *Doherty* a distingué entre l'analyse portant sur le caractère volontaire et l'analyse en vertu du par. 24(2), en ces termes (à la p. 659):

[TRADUCTION] Le fait qu'une déclaration soit volontaire ou non se juge à la lumière des circonstances dans lesquelles elle a été obtenue. Ces circonstances sont statiques et peuvent être déterminées dès le commencement du procès. Rien de ce qui se fait dans le cours du procès ne peut les modifier ou affecter de quelque façon que ce soit le caractère volontaire de la déclaration. De même, ce caractère volontaire ne peut être affecté par l'usage dont le ministère public se propose de faire de cette déclaration.

Il ressort de la jurisprudence récente de notre Cour que si la règle de non-admissibilité des déclarations involontaires était, à l'origine, fondée principalement sur des considérations de fiabilité, le droit en la matière a considérablement évolué depuis. Dans *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, à la p. 932, la Cour a tiré la conclusion suivante:

Bien que, selon la formulation traditionnelle de la règle des confessions, la raison d'être de cette règle soit d'assurer la fiabilité de la confession faite, il y a un fort courant sous-jacent qui justifie la règle en partie par l'équité du processus en matière criminelle.

Il n'est donc pas strictement exact de fonder la distinction des pratiques relatives aux confessions sur le fait que la fiabilité était la seule pierre de touche en matière d'admissibilité, ou sur le fait que les circonstances présidant à l'admissibilité demeuraient statiques quel que soit l'usage envisagé. Avant même l'arrêt *Monette*, notre Cour a

and use limited to impeachment is one that was recognized by this Court before *Monette* was decided. See *Deacon, supra*. If it is correct to suggest, as does the appellant, that use for the limited purpose of cross-examination has an effect on fairness that favours admissibility, presumably the same consideration would apply to some extent to confessions.

The analogy to the confession rule, although of assistance, is not precise. The focus of s. 24(2) is somewhat different, the whole of the emphasis being on the effect on the repute of the administration of justice. The impact of admission of the evidence on the fairness of the trial plays a more significant role than in the case of the confession rule. I would not be prepared to rest my decision on this issue by reference to the practice relating to confessions.

The few Canadian cases that have dealt with this issue show little consistency in analysis or result; *R. v. Edwards* (1986), 31 C.R.R. 343 (Ont. H.C.); previously excluded evidence was ruled inadmissible for impeachment purposes; *R. v. Rousseau* (1990), 54 C.C.C. (3d) 378 (Ont. Dist. Ct.): evidence ruled inadmissible during trial was found to be equally inadmissible during the sentencing phase of the proceedings. In *R. v. Armstrong*, [1993] O.J. No. 2703 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), it was held that statements excluded from the case for the Crown could possibly be admitted for impeachment purposes should the accused testify at trial.

The appellant seeks to rely on American jurisprudence concerning the exclusion of illegally obtained evidence. In my view, the American authorities are entirely distinguishable from this case. First, the American exclusionary rule is judge-made. There is no equivalent in the American Bill of Rights to our s. 24(2). More importantly, the American rule is one of automatic exclusion. Upon a finding that evidence has been obtained in violation of an accused's right to counsel, the evidence is inadmissible for use in the prosecution's case in chief. This is extremely

reconnu la distinction mentionnée entre l'utilisation à titre de preuve d'usage général et l'utilisation à seule fin d'attaquer la crédibilité. Voir *Deacon*, précité. S'il était vrai, comme le pense l'appelante, que l'effet sur l'équité de l'utilisation à seule fin de contre-interrogatoire est tel qu'il favorise l'admission, on pourrait présumer que la même considération s'appliquerait dans une certaine mesure aux confessions.

L'analogie avec la règle des confessions, si elle est d'une certaine utilité, n'est pas précise. Le point focal du par. 24(2) est différent, tout centré qu'il est sur l'incidence sur la considération dont jouit l'administration de la justice. L'effet de l'utilisation de l'élément de preuve sur l'équité du procès joue un rôle plus important que dans la règle des confessions. Je ne suis pas disposé à me prononcer sur cette question par référence à la règle des confessions.

Les rares décisions canadiennes portant sur cette question ne sont guère uniformes pour ce qui est de l'analyse ou du résultat; *R. c. Edwards* (1986), 31 C.R.R. 343 (H.C. Ont.): un élément de preuve précédemment écarté a été jugé non admissible aux fins de contestation de la crédibilité; *R. c. Rousseau* (1990), 54 C.C.C. (3d) 378 (C. dist. Ont.): un élément de preuve écarté au procès a également été jugé non admissible à l'étape de l'imposition de la peine. Dans *R. c. Armstrong*, [1993] O.J. No. 2703 (C. Ont. (Div. gén.)), il a été jugé que des déclarations écartées de la preuve du ministère public pourraient être admises afin de mettre en doute la crédibilité au cas où l'accusé déposerait au procès.

L'appelante invoque la jurisprudence américaine en matière d'exclusion des preuves obtenues de façon illégale. À mon avis, les décisions américaines sont tout à fait différentes de l'affaire en instance. En premier lieu, la règle d'exclusion américaine relève du droit prétorien. Le Bill of Rights américain ne comporte aucune disposition équivalente à notre par. 24(2). Plus important encore, la règle américaine porte exclusion automatique. Dès qu'il est jugé que la preuve a été obtenue en violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat, le ministère public n'est pas

29

30

31

significant as a distinguishing factor, in that the statement or other evidence has been excluded absent a determination that its admission would bring the administration of justice into disrepute. Exclusion may occur even though the breach of the Bill of Rights is not serious and, therefore, as a trade-off, use of the evidence is permitted in cross-examination.

32

As I have stated, the appellant relies, principally, on the distinction made in *Kuldip* to the effect that a statement in a previous trial, while not admissible generally, is admissible for the purpose of impeachment. That decision turned primarily on the interpretation of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter*. In concluding that use for the purposes of impeachment did not constitute use for the purpose of incrimination, this Court did not need to address what effect such use would have on the repute of the administration of justice. Indeed, as pointed out by Labrosse J.A. in the Court of Appeal, in *B. (K.G.)*, *supra*, Lamer C.J., who wrote the reasons in *Kuldip*, stressed that s. 13 applies to a unique set of circumstances. Moreover, in *Kuldip*, Lamer C.J. acknowledges the concern that a jury would have difficulty in applying the distinction but concluded that, with the benefit of a very careful instruction from the trial judge, this difficulty could be overcome. I came to the same conclusion in *Crawford*, *supra*, at pp. 883-84.

33

The preoccupation of s. 24(2) is with respect to the effect that admission of the evidence will have on the repute of the administration of justice. In *Collins*, *supra*, this Court laid down three groups of factors that must be considered:

- (1) factors relating to the effect of admission on the fairness of the trial;
- (2) factors relating to the seriousness of the *Charter* violation;

recevable à l'utiliser dans sa preuve principale. Il s'agit là d'un facteur de distinction extrêmement important, en ce que la déclaration ou autre élément de preuve est exclu sans même qu'il ait été jugé que son admission aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Un élément de preuve peut être écarté même si la violation du Bill of Rights n'est pas grave; par conséquent, en compensation, l'utilisation de cette preuve est permise pour le contre-interrogatoire.

Comme je l'ai déjà dit, l'appelante s'appuie principalement sur la distinction faite dans *Kuldip*, savoir qu'une déclaration faite au cours d'un procès antérieur, si elle n'est pas admissible pour un usage général, peut être admise pour attaquer la crédibilité. Cet arrêt portait principalement sur l'interprétation du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*. En concluant que l'utilisation afin d'attaquer la crédibilité ne valait pas utilisation afin d'incriminer, notre Cour n'avait pas à examiner quel effet pareille utilisation pourrait avoir sur la considération dont jouit l'administration de la justice. En effet, comme l'a souligné le juge Labrosse en Cour d'appel, le juge en chef Lamer, qui a rédigé les motifs de l'arrêt *Kuldip*, a souligné dans *B. (K.G.)*, précité, que l'art. 13 s'applique à un ensemble de circonstances très particulières. Par ailleurs, toujours dans *Kuldip*, le juge en chef Lamer prend acte qu'un jury aurait du mal à appliquer la distinction, mais conclut qu'avec le secours de directives soigneusement conçues de la part du juge du procès, il pourrait surmonter cette difficulté. Je suis parvenu à la même conclusion dans *Crawford*, précité, aux pp. 883 et 884.

Au cœur du par. 24(2) est le souci que suscite l'effet de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Dans *Collins*, précité, notre Cour a défini les trois ensembles de facteurs qu'il faut prendre en considération:

- (1) les facteurs relatifs à l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès;
- (2) les facteurs relatifs à la gravité de la violation de la *Charte*;

(3) factors relating to the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice.

More recently, the application of these factors was considered by this Court in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206. The admission of statements obtained from the accused on breach of the *Charter* generally turns on the effect of the first group of factors. Such evidence is generally held to affect the fairness of the trial. See *Collins*, at pp. 284-85, and *Burlingham*, at p. 289.

The effect on the repute of the administration of justice is to be assessed by reference to the standard of the reasonable, well-informed citizen who represents community values. The effect of destroying the credibility of an accused who takes the stand in his or her defence using evidence obtained from the mouth of the accused in breach of his or her *Charter* rights will usually have the same effect as use of the same evidence when adduced by the Crown in its case in chief for the purpose of incrimination. The fact that a jury carefully instructed can apply the distinction does not mean that use for the purpose of impeachment will, in the eyes of the jury, have a less detrimental effect on the case of the accused. Moreover, in determining admissibility under s. 24(2), it is not the carefully instructed juror who is the arbiter of the effect on the administration of justice but rather the well-informed member of the community. This mythical person does not have the benefit of a careful instruction from the trial judge on the distinction. Not only will that person not tend to understand the distinction in theory, but, in any event, will regard the distinction as immaterial in assessing the effect on the repute of the administration of justice. If use of the statement is seen to be unfair by reason of having been obtained in breach of an accused's *Charter* rights, it is not likely to be seen to be less unfair because it was only used to destroy credibility.

In view of the foregoing, I conclude that it will only be in very limited circumstances that a change

(3) les facteurs relatifs à l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

Plus récemment, la Cour a considéré l'application de ces facteurs dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206. L'utilisation de déclarations obtenues de l'accusé en violation de la *Charte* engage normalement le premier groupe de facteurs. Il a été généralement jugé que pareil élément de preuve affecte l'équité du procès. Voir *Collins*, aux pp. 284 et 285, et *Burlingham*, à la p. 289.

L'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice se juge par référence à la norme du citoyen raisonnable et bien informé qui représente les valeurs de la communauté. L'anéantissement de la crédibilité du témoignage de l'accusé au moyen de déclarations tirées de lui en violation des droits qu'il tient de la *Charte*, aura normalement le même effet que l'utilisation des mêmes déclarations dans la preuve principale du ministère public pour l'incriminer. Le fait qu'un jury qui reçoit des directives soigneusement conçues puisse faire la distinction ne signifie pas que l'utilisation afin d'attaquer la crédibilité aura, à ses yeux, un effet moins dommageable sur les moyens de défense de l'accusé. Qui plus est, pour juger si un élément de preuve est admissible en vertu du par. 24(2), ce n'est pas le juré ayant reçu des directives soigneusement conçues qui est l'arbitre de l'effet sur l'administration de la justice, mais le citoyen bien informé. Cette personne mythique n'a pas le bénéfice des directives soigneusement formulées du juge du procès sur la distinction. Non seulement il est probable qu'elle ne comprendra pas la distinction sur le plan théorique, mais elle la considérera en tout cas comme dénuée de toute importance lorsqu'il s'agit de l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si l'utilisation de la déclaration apparaît inéquitable du fait qu'elle a été obtenue en violation des droits que la *Charte* garantit à l'accusé, elle n'est pas susceptible d'être considérée comme moins inéquitable pour la simple raison qu'elle vise uniquement à attaquer la crédibilité.

Je conclus de tout ce qui précède que ce n'est que dans des circonstances très limitées que le

in use as proposed in this case will qualify as a material change of circumstances that would warrant reopening the issue once evidence has been excluded under s. 24(2). I would not, however, entirely rule out the possibility in some very special circumstances. To the extent that the Crown considers in a given case that restricting use of a statement to cross-examination will lighten its task in getting the statement admitted for this purpose under s. 24(2), it can seek a ruling to this effect either during its case or before cross-examining the accused. In either case, a *voir dire* will be necessary in which the trial judge will consider the admissibility of the statement for the limited purpose for which the Crown intends to use the statement. See *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396 (Sask. Q.B.); *R. v. Levy* (1966), 50 Cr. App. R. 198 (C.C.A.).

Application to this Case

36 As previously observed, the admission of the impugned statement was rejected by the trial judge when it was tendered during the Crown's case in chief. The trial judge found that its admission would bring the administration of justice into disrepute. This finding was confirmed by the Court of Appeal and is not challenged by the appellant. In rejecting the Crown's application to cross-examine on the statement, the trial judge found that this would be "grossly unfair".

37 The evidence at trial developed into a contest of credibility between the complainant and the respondent. In acquitting the respondent, the jury no doubt considered that the evidence of the respondent was sufficiently credible at least to raise a reasonable doubt. In view of the potential effect on the credibility of the respondent and the findings of the trial judge, I conclude that the proposed use of the statement for impeachment of credibility was not a material change of circumstances which warranted a reconsideration of the finding that the admission of the statement would bring the administration of justice into disrepute.

nouvel usage tel qu'il est envisagé en l'espèce remplira la condition des changements notables dans les circonstances qui justifierait de revenir sur la question une fois que la preuve a été écartée en application du par. 24(2). Je n'écarterais cependant pas toute possibilité dans certains cas exceptionnels. Si dans un cas d'espèce, le ministère public estime que limiter l'utilisation de la déclaration au contre-interrogatoire lui facilitera la tâche de la faire admettre à cette fin en vertu du par. 24(2), il peut demander à la cour de se prononcer soit pendant la présentation de sa preuve soit avant le contre-interrogatoire de l'accusé. Dans l'un et l'autre cas, un voir-dire est nécessaire au cours duquel le juge du procès considérera l'admissibilité de la déclaration pour les fins limitées auxquelles le ministère public la destine. Voir *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396 (B.R. Sask.); *R. c. Levy* (1966), 50 Cr. App. R. 198 (C.C.A.).

Application à l'espèce

Comme je l'ai déjà noté, le juge du procès a refusé l'admission de la déclaration en cause lorsqu'elle a été produite au cours de la présentation de la preuve principale du ministère public. Il a conclu que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. L'appelante ne conteste pas cette conclusion qui a été confirmée par la Cour d'appel. En rejetant la demande du ministère public de contre-interroger l'accusé au sujet de cette déclaration, le juge du procès a conclu que ce serait «éminemment inéquitable».

Les témoignages au procès ont donné lieu à une épreuve de crédibilité entre la plaignante et l'intimé. En acquittant ce dernier, le jury a sans doute jugé que son témoignage était suffisamment digne de foi pour susciter au moins un doute raisonnable. Vu l'effet potentiel sur la crédibilité de l'intimé et vu les conclusions tirées par le juge du procès, je conclus que l'usage proposé de la déclaration afin d'attaquer la crédibilité ne représentait pas un changement notable dans les circonstances, qui justifierait de revenir sur la conclusion que l'utilisation de cette déclaration déconsidérerait l'administration de la justice.

Accordingly, the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — The accused Calder, a police officer, made statements to fellow investigating officers denying that he had attempted to purchase the sexual services of the juvenile complainant, and specifically denying that he had been at the location where the transaction allegedly occurred. He was subsequently charged with that offence as well as extortion and breach of trust. At trial, the Crown tendered the statements as evidence against Calder on the basis that they were untrue and hence provided evidence of consciousness of guilt, since the testimony of other witnesses would confirm that he had in fact been present at that location at the indicated time. The trial judge ruled that they were inadmissible because the investigating officers had not advised Calder of his right to counsel as required by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At the close of the Crown's case, the accused took the stand in his defence. He testified to a version of events which was significantly different from that given in his earlier statement. He now admitted that he went to the location as agreed with the complainant, but offered an exculpatory rationale to explain his presence. The Crown asked to cross-examine him on the basis of the statement previously excluded for the limited purpose of impeaching his credibility. The trial judge denied the request, and the jury acquitted Calder on all charges. The issue on this appeal is whether the trial judge erred in refusing to permit the Crown to use Calder's earlier contradictory statement to impeach his credibility on cross-examination.

The principal argument in support of the trial judge's ruling is that once a piece of evidence has been ruled inadmissible for one purpose, it cannot be ruled admissible for another. My colleague Justice Sopinka rightly rejects this argument. Section 24(2) of the *Charter* imposes no such restriction,

Le pourvoi est donc rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — L'accusé Calder, un agent de police, a déclaré à des collègues enquêteurs qu'il n'avait pas tenté d'acheter les services sexuels de la plaignante mineure, et il a nié expressément qu'il se trouvait à l'endroit où le marché se serait déroulé. Il a subséquemment été accusé de cette infraction, ainsi que d'extorsion et d'abus de confiance. Au procès, le ministère public a présenté les déclarations en preuve contre Calder, soutenant qu'elles étaient fausses et prouvaient par conséquent sa mauvaise conscience, car d'autres témoins confirmeraient par leurs dépositions qu'il se trouvait effectivement à l'endroit en question au moment indiqué. Le juge du procès a déclaré les déclarations inadmissibles parce que les enquêteurs n'avaient pas informé Calder de son droit à l'assistance d'un avocat, ainsi que l'exige l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au terme de la présentation de la preuve du ministère public, l'accusé a témoigné pour sa propre défense. Il a donné des événements en cause une version fort différente de celle qu'il avait relatée auparavant dans sa déclaration. Il a admis être allé là où la plaignante et lui avaient convenu de se rendre, mais il a offert une explication visant à justifier sa présence à cet endroit. Le ministère public a, dans le seul but d'attaquer sa crédibilité, demandé l'autorisation de contre-interroger le témoin à la lumière de la déclaration écartée précédemment. Le juge du procès a refusé, et le jury a acquitté Calder de toutes les accusations. Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le juge du procès a fait erreur en refusant au ministère public l'autorisation d'utiliser la déclaration antérieure contradictoire de Calder pour attaquer sa crédibilité lors du contre-interrogatoire.

Le principal argument invoqué au soutien de la décision du juge du procès est qu'une fois qu'un élément de preuve est jugé inadmissible pour une fin donnée, il ne peut être déclaré admissible pour une autre. Mon collègue le juge Sopinka écarte à juste titre cet argument. Ainsi que le juge Doherty

38

39

40

41

as Doherty J.A., dissenting below ((1994), 19 O.R. (3d) 643), ably demonstrated. Section 24(2) simply requires the judge to decide whether “having regard to all the circumstances” admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The purpose for which the evidence is tendered must surely be a circumstance to be considered. It follows that s. 24(2) may permit evidence which has been excluded for one purpose to be admitted for another purpose.

42 My colleague, having concluded that evidence rejected when tendered for one purpose may be admitted later in the trial for a different purpose, goes on to state that this can occur only in “very limited circumstances” (para. 35). This cannot be taken as a legal test, since s. 24(2) explicitly requires the court to consider “all the circumstances”, not limited circumstances. The only question is whether admission of the statement in “all the circumstances” would bring the administration of justice into disrepute. If the answer to that question is yes, then the statement must be excluded. The addition of a requirement of “very limited circumstances” would contradict the plain words of the section.

43 Read as a predictive observation, my colleague’s reference to “very limited circumstances” poses less difficulty, although I would argue against exaggerating the limited nature of the circumstances in which a statement rejected for one purpose may be admitted for another under s. 24(2). Sopinka J. correctly points out that evidence which will bring the administration of justice into disrepute when tendered as evidence of what happened will often have the same effect when tendered on the issue of credibility. However, the opposite may occur. When the Crown tenders a witness’s statement as substantive evidence of what happened, different considerations may arise

l’a habilement démontré dans sa dissidence en appel ((1994), 19 O.R. (3d) 643), le par. 24(2) de la *Charte* n’impose aucune restriction de la sorte. Il requiert seulement que le juge décide si, «eu égard aux circonstances», l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. L’objectif pour lequel la preuve est présentée doit sûrement être une de ces circonstances. Il s’ensuit que le par. 24(2) permet qu’un élément de preuve écarté pour une fin donnée soit utilisée pour une autre.

Après avoir conclu qu’un élément de preuve écarté lorsqu’il a été présenté pour une fin donnée peut être utilisé plus tard au procès pour une fin différente, mon collègue affirme que cela ne se produira que dans «des circonstances très limitées» (par. 35). Cela ne peut être considéré comme un critère juridique, puisque le par. 24(2) requiert explicitement que le tribunal rende sa décision «eu égard aux circonstances», et non eu égard à des circonstances limitées. La seule question qui se pose est de savoir si, «eu égard aux circonstances», l’utilisation de la déclaration est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Si la réponse est oui, la déclaration doit être écartée. Ce serait contredire le libellé clair de la disposition que d’ajouter qu’il s’agit de «circonstances très limitées».

Considérée comme une prévision, la mention de mon collègue relative aux «circonstances très limitées» soulève moins de difficulté, quoique je m’opposerais à ce qu’on exagère la nature limitée des circonstances dans lesquelles une déclaration écartée pour une fin donnée peut être utilisée pour une autre en regard du par. 24(2). Le juge Sopinka souligne correctement que des éléments de preuve qui déconsidèrent l’administration de la justice s’ils sont produits dans le but d’établir ce qui s’est passé auront fréquemment le même effet s’ils sont produits relativement à la question de crédibilité. Le contraire peut toutefois se produire. La décision du ministère public de présenter la déclaration d’un témoin comme preuve de fond de ce qui s’est passé peut faire entrer en jeu des considérations différentes de celles qui le seraient si cette même

than when the same statement is used to test the maker's credibility in cross-examination.

Two fundamental concerns which underlie the criminal process — getting at the truth and protecting the accused's right to a fair trial — may play out differently in the two situations.

The concern for getting at the truth may weigh against admitting a statement tendered as substantive evidence where there is fear that the *Charter* violation may have rendered it unreliable. The same concern for getting at the truth may weigh in favour of using the same statement in cross-examination to test the accused's credibility and uncover any inaccuracies or fabrications in his evidence in chief. From the perspective of the individual case, it is important to permit the jury to fairly judge the truthfulness of the witness. From the perspective of the trial process as a whole, it is equally important not to permit witnesses to take the stand and fabricate lies free from the fear that they may be cross-examined on earlier contradictory statements.

The same applies to the interest of protecting the accused's right to a fair trial. It may be seen as unfair to tender against an accused as substantive evidence a statement which the state obtained from him in violation of his *Charter* rights. However, where the accused chooses to take the stand and place his credibility in issue, vouching to the jury that what he is telling them is the whole truth and nothing but the truth, it is more difficult to say that it is unfair to permit the Crown to cross-examine him on his prior inconsistent statement and to put to him the vital question of which version is true. These are important considerations which must be weighed against any unfairness arising from the way the statement was taken, if the judge is to properly determine whether admission of the statement would bring the administration of justice into disrepute.

The trial judge in the case at bar appears to have based his decision against permitting the statement

déclaration était utilisée pour éprouver la crédibilité de son auteur en contre-interrogatoire.

Deux des soucis fondamentaux qui sous-tendent les procès criminels — la découverte de la vérité et la protection du droit de l'accusé à un procès équitable — peuvent produire des effets différents dans ces deux situations.

Le souci de découvrir la vérité peut militer contre l'utilisation d'une déclaration produite en tant que preuve de fond, si l'on craint que la violation de la *Charte* l'ait rendue peu fiable. Le même souci de découvrir la vérité peut par ailleurs militer en faveur de l'utilisation de cette déclaration en contre-interrogatoire pour éprouver la crédibilité de l'accusé et faire ressortir les inexactitudes ou les fabrications de son témoignage en interrogatoire principal. Du point de vue du cas individuel, il importe de permettre au jury d'apprécier justement la véracité du témoignage. Du point de vue des procès en général, il est tout aussi important de ne pas permettre que des témoins viennent à la barre fabriquer des mensonges sans craindre d'être contre-interrogés sur des déclarations antérieures contradictoires.

Il en va de même du souci de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Il peut être considéré injuste de présenter comme preuve de fond contre un accusé une déclaration que l'État lui a soutirée en violation des droits que lui garantit la *Charte*. Cependant, si l'accusé choisit de déposer et met sa crédibilité en jeu en certifiant aux membres du jury que son témoignage est toute la vérité et rien que la vérité, il est alors plus difficile d'affirmer qu'il est injuste de permettre au ministère public de le contre-interroger sur sa déclaration antérieure incompatible et de lui poser la question vitale de savoir laquelle des versions est la vérité. Pour être en mesure de déterminer adéquatement si l'utilisation de la déclaration est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, le juge doit considérer ces importants facteurs en regard de toute injustice découlant de la façon dont la déclaration a été obtenue.

En l'espèce, le juge du procès paraît avoir fondé sa décision de refuser l'utilisation de la déclaration

44

45

46

47

to be used in cross-examination largely on the fact that he had earlier ruled the evidence to be inadmissible, although he alluded to fairness to the accused and the fact that to prevent the Crown from cross-examining Calder on his previous statement might result in evidence "that was not a true statement". While it is difficult to be sure of what the trial judge's precise reasoning was, I think it is fair to say, as did Doherty J.A. below, that "[t]he trial judge erred in law in holding that he could not reassess the admissibility of Calder's statement when it was offered for impeachment purposes during Calder's cross-examination" (p. 667). I also agree with Doherty J.A. that the record does not permit one to say with certainty that the statement should not have been admitted for cross-examination purposes and that had the statement been admitted, it could have changed the course of the trial. In these circumstances, Doherty J.A. correctly concluded that the Crown had met the heavy onus of demonstrating with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the error in law not been made.

en contre-interrogatoire principalement sur le fait qu'il avait auparavant déclaré cet élément de preuve inadmissible, quoiqu'il ait fait allusion à l'équité pour l'accusé et au fait que la décision d'empêcher le ministère public de contre-interroger Calder sur sa déclaration antérieure puisse se traduire par un témoignage [TRADUCTION] «qui ne soit pas une déclaration véridique». Bien qu'il soit difficile de dégager avec certitude le raisonnement précis du juge du procès, je crois qu'il est juste de dire, comme l'a fait le juge Doherty de la Cour d'appel, que [TRADUCTION] «[l]e juge du procès a commis une erreur de droit en concluant qu'il ne pouvait pas ré-examiner l'admissibilité de la déclaration de Calder, lorsqu'on a proposé de l'utiliser au cours de son contre-interrogatoire afin d'attaquer sa crédibilité» (p. 667). Je conviens également avec le juge Doherty que rien dans le dossier ne permet d'affirmer avec certitude que la déclaration n'aurait pas dû être utilisée pour les fins du contre-interrogatoire, et que si elle l'avait été elle aurait pu changer le cours du procès. Compte tenu de ces circonstances, le juge Doherty a eu raison de conclure que le ministère public s'était acquitté du très lourd fardeau qu'il avait de démontrer, avec un degré raisonnable de certitude, que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

48 I would allow the appeal, quash the acquittal and direct a new trial.

Appeal dismissed, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquiescement et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Donald Robinson *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROBINSON

File No.: 24302.

1995: December 7; 1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Mens rea — Murder — Drunkenness — Specific intent — How juries should be instructed regarding evidence of intoxication — Whether drunkenness must be at a level to render accused incapable of forming requisite intent or whether drunkenness can be considered in overall deliberation as to whether accused had necessary intent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a)(i), (ii), 686(1)(b)(iii).

The accused killed a man but claimed to have acted without intent because he was intoxicated. The evidence revealed that he had been drinking with the victim and some friends and that the killing occurred when the victim said something to offend him. After being instructed on provocation, self-defence and intoxication, the jury found the accused guilty of second-degree murder. The Court of Appeal, however, allowed his appeal. At issue here are: (1) how juries should be instructed regarding evidence of intoxication; (2) whether the charge to the jury, read as a whole, constituted misdirection and reversible error on the issues of intoxication, the common-sense inference that a person intends the natural and probable consequences of his or her acts, and the burden on the Crown to prove the intent required for murder beyond a reasonable doubt; and (3) whether the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Donald Robinson *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROBINSON

N° du greffe: 24302.

1995: 7 décembre; 1996: 21 mars.

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

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

Droit criminel — Mens rea — Meurtre — Ivresse — Intention spécifique — Directives à donner au jury relativement à une preuve d'intoxication — L'ivresse doit-elle être de nature à rendre l'accusé incapable de former l'intention requise, ou peut-elle être prise en considération dans les délibérations générales relatives à la question de savoir si l'accusé avait l'intention nécessaire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a)(i), (ii), 686(1)(b)(iii).

L'accusé a tué une personne, mais a prétendu n'en avoir pas eu l'intention parce qu'il était ivre. La preuve a révélé qu'il avait bu avec la victime et des amis et que l'homicide a eu lieu lorsque la victime a dit quelque chose d'offensant pour lui. Après avoir reçu des directives sur la provocation, la légitime défense et l'intoxication, le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a cependant accueilli l'appel qu'il avait interjeté. Les questions en litige sont les suivantes: (1) Quelles directives devraient être données au jury relativement à la preuve d'intoxication? (2) Dans l'ensemble, les directives du juge du procès au jury sur les questions de l'intoxication, de la déduction, conforme au bon sens, qu'une personne veut les conséquences naturelles et probables de ses actes, et du fardeau qui incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, étaient-elles erronées et constituaient-elles une erreur justifiant annulation? (3) Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Should MacAskill be Overruled?

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The *Beard* rules (*Director of Public Prosecutions v. Beard*) on intoxication (adopted in *MacAskill v. The King*) should be overruled. These rules provide that intoxication is not a relevant factor for triers of fact to consider except where the intoxicant removed the accused's capacity to form the requisite intent. According to the *Beard* rules, the presumption that a person intends the natural consequences of his or her acts cannot be rebutted by evidence falling short of incapacity. This presumption to which *Beard* refers should only be interpreted as a common-sense inference that the jury can but is not compelled to make.

Five separate considerations favoured overruling the *Beard* rules: (1) the opinions of Laskin and Dickson C.J.J. which, albeit in dissent, suggested that the real focus should be on whether the Crown, in light of the intoxication evidence, has established the requisite intent beyond a reasonable doubt; (2) developments in provincial appellate courts which no longer follow the *Beard* rules and have developed two different approaches in its place — *R. v. Canute* and *R. v. MacKinlay*; (3) developments in England, New Zealand and Australia where "capacity" language has fallen out of favour and intoxication is now simply a factor jurors can consider in assessing whether the prosecution has proved beyond a reasonable doubt that the accused had the required intent; (4) academic commentary which favours abandoning the *Beard* rules; and (5) the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is violated by the *Beard* rules.

The *Beard* rules violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because they put an accused in jeopardy of being convicted even though a reasonable doubt could exist in the minds of the jurors on the issue of actual intent. This restriction on an accused's legal rights does not constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

A strict application of the *Oakes* test is appropriate. While decisions of the legislatures may be entitled to judicial deference under s. 1 as a matter of policy, such deference is not required when reviewing judge-made law. The protection of the public from intoxicated offenders is of sufficient importance to warrant overrid-

L'arrêt MacAskill devrait-il être renversé?

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Il y a lieu de renverser les règles de l'arrêt *Beard* (*Director of Public Prosecutions c. Beard*) relatives à l'intoxication (qui ont été adoptées dans *MacAskill c. The King*). Ces règles prévoient que l'intoxication n'est pas un facteur que le juge des faits doit prendre en considération, sauf dans le cas où la substance intoxicante a rendu l'accusé incapable de former l'intention requise. Selon les règles de l'arrêt *Beard*, la présomption qu'une personne veut les conséquences naturelles de ses actes ne peut pas être réfutée par une preuve insuffisante pour établir l'incapacité. Cette présomption à laquelle l'arrêt *Beard* renvoie devrait être interprétée seulement comme une déduction conforme au bon sens que le jury peut faire, sans toutefois y être tenu.

Cinq facteurs distincts favorisent le renversement des règles de l'arrêt *Beard*: (1) les opinions des juges en chef Laskin et Dickson qui ont laissé entendre, bien que cela ait été en dissidence, que l'accent devrait être mis, en réalité, sur la question de savoir si, à la lumière de la preuve d'intoxication, le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable l'existence de l'intention requise, (2) l'évolution des cours d'appel provinciales qui ont cessé de suivre les règles de l'arrêt *Beard* et ont adopté à leur place deux approches différentes — *R. c. Canute* et *R. c. MacKinlay*, (3) l'évolution en Angleterre, en Nouvelle-Zélande et en Australie où la mention de la «capacité» est tombée en défaveur et où on considère maintenant que l'intoxication est simplement un facteur dont le jury peut tenir compte en examinant si la poursuite a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise, (4) les auteurs de doctrine qui préconisent l'abandon des règles de l'arrêt *Beard*, et (5) la *Charte canadienne des droits et libertés* qui est violée par les règles de l'arrêt *Beard*.

Les règles de l'arrêt *Beard* violent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* du fait qu'elles exposent un accusé au risque d'être déclaré coupable malgré que les jurés aient un doute raisonnable sur la question de l'intention véritable. Cette restriction à des garanties juridiques d'un accusé ne constitue pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Il convient d'appliquer strictement le critère de l'arrêt *Oakes*. Bien qu'en principe les décisions des législatures puissent avoir droit à la retenue judiciaire en vertu de l'article premier, cette retenue n'est pas nécessaire lorsqu'on examine une règle prétorienne. La protection du public contre les contrevenants en état d'intoxication est

ing a constitutionally protected right. A rational connection exists between the "capacity" restriction of the defence contained in the impugned common law rule and its objective. The restriction fails the proportionality prong, however, because it does not impair an accused's ss. 7 and 11(d) rights as little as is reasonably possible. The *Beard* rules cast the criminal net too far in that all accused with the capacity to formulate the requisite intent cannot rely on their state of intoxication even though it might create a reasonable doubt as to whether the accused actually had the intent necessary to the crime.

Per L'Heureux-Dubé J.: The rule in *MacAskill v. The King* infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because it prevents the trier of fact from considering evidence capable of raising a reasonable doubt as to whether the accused had the specific intent required to commit the offence. The effect of the rule is that an accused may be convicted of murder even if the evidence raises a reasonable doubt as to the existence of the intent element of the offence.

The common law may impose reasonable limits on *Charter* rights. While the analysis of a common law rule under s. 1 need not adhere strictly to the structure set out in *Oakes*, the substance of the analysis will be similar because its purpose is to ascertain whether the particular rule is a justifiable limit on rights.

The rule in *MacAskill* is not a reasonable limit on the rights guaranteed in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Case law from the many jurisdictions that have abandoned the rule has had no apparent adverse consequence that might give rise to pressing and substantial concerns. The absence of a convincing causative link between intoxication and violent crime, too, shows that the rule is not rationally connected to the objective of preventing crime. Finally, the *MacAskill* rule is not well tailored to address a particular objective in that it applies to all crimes of specific intent and therefore does not meet the proportionality or minimal impairment requirements.

For offences of specific intent, evidence of intoxication should no longer be subject to a rule requiring that

d'une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit protégé par la Constitution. Il y a un lien rationnel entre la restriction fondée sur la «capacité», qui est imposée au moyen de défense contenu dans la règle de common law contestée, et son objectif. Cependant, la restriction ne satisfait pas au volet de la proportionnalité parce qu'elle ne porte pas atteinte le moins raisonnablement possible aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d). Les règles de l'arrêt *Beard* ont une portée trop large du fait que tout accusé qui avait la capacité de former l'intention requise sera incapable d'invoquer son état d'intoxication même si cet état est susceptible de susciter un doute raisonnable quant à savoir s'il avait l'intention nécessaire pour commettre le crime.

Le juge L'Heureux-Dubé: La règle de l'arrêt *MacAskill c. The King* viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* parce qu'elle empêche le juge des faits de prendre en considération des éléments de preuve susceptibles de susciter un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait l'intention spécifique requise pour commettre l'infraction. La règle fait en sorte qu'un accusé peut être déclaré coupable de meurtre même si la preuve suscite un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention en tant qu'élément de l'infraction.

La common law peut imposer des restrictions raisonnables aux droits garantis par la *Charte*. Bien qu'elle n'ait pas à respecter rigoureusement le régime énoncé dans l'arrêt *Oakes*, l'analyse d'une règle de common law, effectuée en vertu de l'article premier, sera substantiellement semblable parce que son objectif est d'assurer que la règle particulière constitue une limite aux droits qui soit justifiable.

La règle de l'arrêt *MacAskill* ne constitue pas une restriction raisonnable des droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. La jurisprudence des nombreux ressorts qui ont abandonné la règle n'a pas eu manifestement des conséquences fâcheuses susceptibles de donner lieu à des préoccupations urgentes et réelles. De même, l'absence d'un lien de causalité convaincant entre l'intoxication et le crime violent montre que la règle n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de prévention du crime. Enfin, la règle de l'arrêt *MacAskill* n'est pas bien adaptée à la poursuite d'un objectif particulier étant donné qu'elle s'applique à tous les crimes exigeant une intention spécifique et ne satisfait donc ni à l'exigence de proportionnalité ni à l'exigence d'atteinte minimale.

Pour les infractions exigeant une intention spécifique, la preuve d'intoxication ne devrait plus être soumise à

it be considered only if intoxication attains such a degree that it deprives the accused of the capacity to form the specific intent. Evidence of intoxication can be considered with all other evidence in determining whether the accused actually had the specific intent required to constitute the offence.

The Replacement for the Beard Rules

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: A new rule consistent with the Constitution was devised. Before a trial judge is required by law to charge the jury on intoxication, he or she must be satisfied that the effect of the intoxication was such that the effect might have impaired the accused's foresight of consequences sufficiently to raise a reasonable doubt. Once a judge is satisfied that this threshold is met, he or she must then make it clear to the jury that the issue before them is whether the Crown has satisfied them beyond a reasonable doubt that the accused had the requisite intent.

A single step charge (*Canute*) is a useful model as it omits any reference to "capacity" or "capability" and focuses the jury on the question of "intent in fact". Arguments in favour of a two-stage charge (*MacKinlay*) are based on the need to put the evidence of experts who often testify in "capacity" terms in context for the jury. In certain cases, in light of the particular facts of the case and/or in light of the expert evidence called, it may be appropriate to use the two-step charge.

If a two-step charge is used with "capacity" and "capability" type language and the charge is the subject of an appeal, then a determination will have to be made by appellate courts on a case by case basis of whether there is a reasonable possibility that the jury may have been misled into believing that a determination of capacity was the only relevant inquiry. The following factors, not intended to be exhaustive, should be considered: (a) the number of times that reference to capacity is used; (b) the number of times that reference to the real inquiry of actual intent is used; (c) whether there is an additional "incapacity" defence; (d) the nature of the expert evidence (i.e., whether the expert's evidence relates to the issue of capacity rather than to the effect of alcohol on the brain); (e) the extent of the intoxication evidence; (f) whether the defence requested that references to "capacity" be used in the charge to the jury; (g) whether during a two-step charge it was made clear that the primary function of the jury was to determine

une règle voulant qu'elle ne soit prise en considération que si le degré d'intoxication de l'accusé est élevé au point de le priver de la capacité de former l'intention spécifique. La preuve d'intoxication peut être prise en considération, avec tous les autres éléments de preuve, pour déterminer si l'accusé avait effectivement l'intention spécifique requise pour commettre l'infraction.

La nouvelle règle remplaçant les règles de l'arrêt Beard

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Une nouvelle règle compatible avec la Constitution est établie. Pour que le juge du procès soit tenu en droit de donner au jury des directives sur l'intoxication, il doit être convaincu que l'intoxication a eu un effet qui pourrait avoir vicié la prévision des conséquences par l'accusé d'une manière suffisante pour susciter un doute raisonnable. Une fois qu'un juge est convaincu que l'on a satisfait à ce critère préliminaire, il doit alors indiquer clairement au jury que la question à trancher est de savoir si le ministère public l'a convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise.

Un exposé en un temps (*Canute*) est un modèle utile parce qu'il ne mentionne pas la «capacité» et attire l'attention du jury sur la question de l'«intention de fait». Les arguments en faveur d'un exposé en deux temps (*MacKinlay*) sont fondés sur la nécessité de situer dans son contexte, à l'intention du jury, la preuve d'expert qui fait souvent référence à la «capacité». Dans certains cas, à la lumière des faits particuliers de l'affaire ou à la lumière de la preuve d'expert déposée, il peut être approprié de faire un exposé en deux temps.

Si un exposé en deux temps mentionnant la «capacité» est fait, puis contesté en appel, les cours d'appel auront alors à décider, cas par cas, s'il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été erronément amené à croire que la seule question pertinente sur laquelle il devait se prononcer était la capacité. Les facteurs suivants, notamment, devraient être pris en considération: a) le nombre de fois que la capacité est mentionnée; b) le nombre de fois que la vraie question, celle de l'intention véritable, est mentionnée; c) la question de savoir s'il existe un autre moyen de défense fondé sur l'«incapacité»; d) la nature de la preuve d'expert (c.-à-d., la preuve d'expert porte-t-elle sur la question de la capacité plutôt que sur l'effet de l'alcool sur le cerveau?); e) l'ampleur de la preuve d'intoxication; f) la question de savoir si la défense a demandé que la «capacité» soit mentionnée dans les directives au jury; g) la question de savoir si, au cours d'un exposé en deux temps, on a clairement expliqué au jury que sa fonction

whether they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused possessed the requisite intent to commit the crime.

Per L'Heureux-Dubé J.: As a preliminary matter, the threshold for putting any defence to the jury is whether it has an evidentiary basis on which a reasonable jury might acquit. Where the accused's defence rests on evidence of intoxication, the question is whether there is sufficient evidence of intoxication that a jury could have a reasonable doubt as to whether the accused had the specific intention, knowledge or foresight required for the offence.

Assuming that the evidence meets this threshold, two approaches have been developed as to how the judge must present the evidence of intoxication to the jury: a one-step charge, referring only to intent; and a two-step charge that also mentions that intoxication may be relevant to the accused's capacity to form the required intent. Where a trial judge has referred to capacity or used a two-step charge, the question is not whether there is a "reasonable possibility that the jury may have been misled" since that question arises only after an ambiguity or error has been identified. If the evidence in a particular case puts the accused's capacity in issue, it cannot be an error to tell the jury that they must acquit the accused if they have a reasonable doubt as to whether the accused had the capacity to form the required intent. Nor is a charge necessarily ambiguous simply because it discusses capacity. Rather, each charge must be reviewed individually to ascertain whether it meets the basic requirements of correctness, completeness and clarity. If it does, it cannot be impeached, regardless of whether it contains one step or two.

This Court need not and should not express a general preference for either form of charge, or construct a special test, based on minutiae, for determining whether references to capacity were acceptable. The role of an appellate court in reviewing a jury charge is to determine whether the effect of the charge as a whole is to leave the jurors with an adequate understanding of the issues involved, the law relating to the issues, and the evidence that they should consider in resolving the issues. It is not to express vague disapproval of a form of charge that, in frequent cases, will be perfectly appropriate.

première était de déterminer s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé possédait l'intention requise pour commettre le crime.

Le juge L'Heureux-Dubé: À titre préliminaire, le seuil applicable pour soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury consiste à déterminer si ce moyen de défense est fondé dans les faits au point qu'un jury raisonnable pourrait prononcer un acquittement. Lorsque l'accusé fonde sa défense sur une preuve d'intoxication, il s'agit de déterminer si cette preuve d'intoxication est suffisante pour susciter, dans l'esprit du jury, un doute quant à savoir si l'accusé avait l'intention spécifique, la connaissance ou la prévision requises pour commettre l'infraction.

À supposer que la preuve satisfasse à ce seuil, deux approches ont été conçues au sujet de la façon dont le juge doit présenter la preuve d'intoxication au jury: un exposé en un temps référant seulement à l'intention requise, et un exposé en deux temps qui précise aussi que l'intoxication peut être pertinente relativement à la capacité de l'accusé de former l'intention requise. Si un juge du procès a fait référence à la capacité ou s'il a fait un exposé en deux temps, la question n'est pas de savoir s'il existe une «possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur», étant donné que ce n'est qu'après qu'une erreur ou une ambiguïté a été décelée que cette question se pose. Si, dans un cas particulier, la preuve met en question la capacité de l'accusé, ce ne saurait être une erreur que de dire au jury qu'il doit acquitter l'accusé s'il a un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait la capacité de former l'intention requise. Un exposé n'est pas non plus nécessairement ambigu du seul fait qu'on y analyse la question de la capacité. Il faut plutôt examiner chaque exposé individuellement pour vérifier s'il satisfait aux exigences fondamentales d'exactitude, d'intégralité et de clarté. S'il satisfait à ces exigences, l'exposé ne peut alors être contesté, peu importe qu'il ait été fait en un temps ou en deux temps.

Il n'est ni nécessaire ni approprié que notre Cour exprime une préférence générale pour l'une ou l'autre forme d'exposé, ou qu'elle propose un test spécial, basé sur un examen à la loupe de détails, pour déterminer si les références à la capacité étaient acceptables. La cour d'appel qui examine un exposé au jury a pour rôle de déterminer si l'exposé, dans son ensemble, a permis au jury d'avoir une compréhension suffisante des questions en litige, du droit qui s'y rapporte et de la preuve qu'il devrait prendre en considération pour résoudre ces questions. Il ne lui appartient pas d'exprimer une vague désapprobation d'une forme d'exposé qui, dans bien des cas, sera parfaitement appropriée.

Application to this Case

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The charge in this case left the jury with the impression that there was a threshold test that had to be met before the intoxication evidence became relevant. No instruction was given informing the jury that they were entitled to consider whether, in light of the intoxication evidence, the accused had the requisite intent in fact. In this case, a charge linking the evidence of intoxication with the issue of intent in fact was particularly important since there was also some, albeit weak, evidence of provocation and self-defence. The jury, even if it may have rejected each individual defence, could have had a reasonable doubt about intent had they been instructed that they could still consider the evidence of intoxication, provocation and self-defence cumulatively on that issue.

The trial judge's incorrect use of the term presumption in discussing the common-sense inference that a sane and sober person intends the natural consequences of his or her actions did not result in reversible error when read in the context of the charge as a whole. He made it sufficiently clear to the jury that they were not obligated to follow it.

Where some evidence of intoxication exists, a trial judge must link his or her instructions on intoxication with the instruction on the common-sense inference so that the jury is specifically instructed that evidence of intoxication can rebut the inference. In both the model charges set out in *MacKinlay* and *Canute*, this approach is taken. This instruction is critical since in most cases jurors are likely to rely on the inference to find intent. Moreover, if no instruction is given, a confused jury may see a conflict between the inference and the defence and resolve that conflict in favour of their own evaluation of common sense. Therefore, an instruction which does not link the common-sense inference with the evidence of intoxication constitutes reversible error. In this case, the trial judge's failure to make this linkage constitutes reversible error.

The trial judge correctly stated the distinction between the two intents for murder under s. 229 at some points in the charge but he also misstated or blurred the

Application à la présente affaire

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: En l'espèce, l'exposé a donné au jury l'impression qu'il y avait un critère préliminaire auquel il fallait satisfaire pour que la preuve d'intoxication devienne pertinente. Le jury n'a reçu aucune directive l'informant qu'il avait le droit de se demander si, à la lumière de la preuve d'intoxication, l'accusé avait l'intention de fait requise. En l'espèce, il était particulièrement important qu'une directive rattache la preuve d'intoxication à la question de l'intention de fait, étant donné qu'il y avait aussi, bien que faibles, une preuve de provocation et une preuve de légitime défense. Même s'il a pu rejeter chacun des moyens de défense séparément, le jury aurait pu avoir un doute raisonnable au sujet de l'intention si on lui avait dit qu'il pourrait quand même prendre en considération cumulativement les preuves d'intoxication, de provocation et de légitime défense relativement à cette question.

L'utilisation incorrecte par le juge du procès du terme présomption, en parlant de la déduction, conforme au bon sens, qu'une personne saine d'esprit et sobre veut les conséquences naturelles de ses actes, n'a pas entraîné d'erreur justifiant annulation, si on la situe dans le contexte de l'ensemble de l'exposé. Il a assez clairement expliqué au jury qu'il n'était pas tenu de l'appliquer.

Lorsqu'il y a une preuve quelconque d'intoxication, le juge du procès doit rattacher ses directives sur l'intoxication à celles sur la déduction conforme au bon sens, de manière à informer expressément le jury que la preuve d'intoxication peut réfuter la déduction. Ce point de vue se retrouve tant dans les directives modèles énoncées dans l'arrêt *MacKinlay* que dans celles énoncées dans l'arrêt *Canute*. Cette directive est cruciale étant donné que, dans la plupart des cas, il est probable que les jurés s'appuieront sur la déduction pour conclure à l'intention. De plus, si cette directive n'est pas donnée, la confusion engendrée dans l'esprit du jury pourra l'amener à percevoir un conflit entre la déduction et le moyen de défense et à résoudre ce conflit en fonction de sa propre évaluation du bon sens. Par conséquent, une directive qui ne rattache pas la déduction conforme au bon sens à la preuve d'intoxication constitue une erreur justifiant annulation. En l'espèce, l'omission du juge du procès d'établir ce lien constitue une telle erreur.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a, à certains égards, correctement énoncé la distinction entre les deux intentions que l'art. 229 prévoit pour le meurtre,

distinction at others. The lapses and errors in the charge as it related to specific intent for murder in s. 229(a)(ii) of the *Code* aggravated the other errors in the charge but did not warrant ordering a new trial on this ground alone.

The jury would not have adequately understood the issues concerning intoxication and intent or the law and evidence relating to those issues. The curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* should not be applied as the accused was denied a defence to which he was entitled to at law. The appeal was therefore dismissed.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Most of the errors alleged by the accused are non-existent, and the few imperfections that do exist are immaterial. In describing the common-sense inference that people intend the natural consequences of their acts, the use of the term "presumption" was not an error because the jury understood that the "presumption" or "inference" was optional. Moreover, the trial judge put the common-sense inference in its proper perspective and made it clear that the overriding issue was whether the Crown had proved specific intent. There is no absolute requirement that the evidence of intoxication be linked to the common-sense inference. It was clear to the jury, exercising its common sense, that the evidence of intoxication could be considered together with the other evidence in ascertaining the accused's intent.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Overruled: *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; **considered:** *Mulligan v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 612; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; **referred to:** *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *Reniger v. Fogassa* (1551), 1 Plowden 1, 75 E.R. 1; *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306; *R. v. Meade*, [1909] 1 K.B. 895; *Malanik v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 335; *Bradley v. The Queen*, [1956] S.C.R. 723; *R. v. Gian-*

mais, il a aussi, à d'autres égards, mal énoncé ou embrouillé cette distinction. Les erreurs et lapsus relevés dans l'exposé relativement à l'intention spécifique requise, par le sous-al. 229a)(ii) du *Code*, pour commettre un meurtre ont aggravé les autres erreurs commises dans l'exposé, mais ne justifiaient une ordonnance de nouveau procès pour ce motif seulement.

Le jury n'aurait pas bien saisi les questions concernant l'intoxication et l'intention, ou le droit et la preuve se rapportant à ces questions. Il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*, étant donné qu'on a refusé à l'accusé un moyen de défense que le droit lui reconnaissait. Le pourvoi est donc rejeté.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La plupart des erreurs alléguées par l'accusé n'existent pas, et les quelques imperfections qui existent sont sans importance. En parlant de la déduction, conforme au bon sens, que les gens veulent les conséquences naturelles de leurs actes, l'utilisation du mot «présomption» n'était pas une erreur, parce que le jury a compris que la «présomption» ou la «déduction» était facultative. De plus, le juge du procès a situé dans son contexte la déduction conforme au bon sens et a clairement indiqué que la question primordiale était de savoir si le ministère public avait prouvé l'intention spécifique. Il n'y a aucune exigence absolue de rattacher la preuve d'intoxication à la déduction conforme au bon sens. Il était clair pour le jury qu'il pourrait, en faisant preuve de bon sens, prendre en considération la preuve d'intoxication, avec les autres éléments de preuve, pour déterminer l'intention de l'accusé.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt renversé: *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; **arrêtés examinés:** *Mulligan c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 612; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; **arrêtés mentionnés:** *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *Reniger c. Fogassa* (1551), 1 Plowden 1, 75 E.R. 1; *R. c. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306; *R. c. Meade*, [1909] 1 K.B. 895; *Malanik c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 335; *Bradley c. The Queen*, [1956] R.C.S. 723;

notti (1956), 115 C.C.C. 203; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *Capson v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 44; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Perrault v. The Queen*, [1971] S.C.R. 196; *R. v. Dees* (1978), 40 C.C.C. (2d) 58; *R. v. Dumais* (1993), 87 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Crane* (1993), 81 C.C.C. (3d) 276; *R. v. Ivany* (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 13; *R. v. Allen* (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 188; *R. v. Neaves* (1992), 75 C.C.C. (3d) 201; *R. v. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489; *R. v. Cormier* (1993), 86 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Larose* (1993), 25 B.C.A.C. 264; *R. v. Smoke*, [1993] A.J. No. 758 (QL); *R. v. Laisa*, [1993] N.W.T.R. 199, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. viii; *Sheehan and Moore* (1975), 60 Cr. App. R. 308; *R. v. Pordage*, [1975] Crim. L.R. 575; *Garlick* (1980), 72 Cr. App. R. 291; *R. v. Davies*, [1991] Crim. L.R. 469; *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610; *R. v. Hart*, [1986] 2 N.Z.L.R. 408; *R. v. Tihi*, [1990] 1 N.Z.L.R. 540; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Clow* (1985), 44 C.R. (3d) 228; *R. v. Desveaux* (1986), 51 C.R. (3d) 173; *R. v. Nealy* (1986), 54 C.R. (3d) 158.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Director of Public Prosecutions v. Beard, [1920] A.C. 479; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Crawford* (1970), 1 C.C.C. (2d) 515.

R. c. Giannotti (1956), 115 C.C.C. 203; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *Capson c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 44; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Perrault c. La Reine*, [1971] R.C.S. 196; *R. c. Dees* (1978), 40 C.C.C. (2d) 58; *R. c. Dumais* (1993), 87 C.C.C. (3d) 281; *R. c. Crane* (1993), 81 C.C.C. (3d) 276; *R. c. Ivany* (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 13; *R. c. Allen* (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 188; *R. c. Neaves* (1992), 75 C.C.C. (3d) 201; *R. c. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489; *R. c. Cormier*, [1993] R.J.Q. 2723; *R. c. Larose* (1993), 25 B.C.A.C. 264; *R. c. Smoke*, [1993] A.J. No. 758 (QL); *R. c. Laisa*, [1993] N.W.T.R. 199, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. viii; *Sheehan and Moore* (1975), 60 Cr. App. R. 308; *R. c. Pordage*, [1975] Crim. L.R. 575; *Garlick* (1980), 72 Cr. App. R. 291; *R. c. Davies*, [1991] Crim. L.R. 469; *R. c. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610; *R. c. Hart*, [1986] 2 N.Z.L.R. 408; *R. c. Tihi*, [1990] 1 N.Z.L.R. 540; *Viro c. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Clow* (1985), 44 C.R. (3d) 228; *R. c. Desveaux* (1986), 51 C.R. (3d) 173; *R. c. Nealy* (1986), 54 C.R. (3d) 158.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Director of Public Prosecutions c. Beard, [1920] A.C. 479; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Crawford* (1970), 1 C.C.C. (2d) 515.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a)(i), (ii), 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Berner, S. H. "The Defense of Drunkenness — A Reconsideration" (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309.
 Colvin, Eric. "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 750.
 Colvin, Eric. "Codification and Reform of the Intoxication Defence" (1983), 26 *Crim. L.Q.* 43.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswell, 1986.
 Gold, Alan D. "An Untrimmed 'Beard': The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge" (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 34.
 Healy, Patrick. "R. v. Bernard: Difficulties with Voluntary Intoxication" (1990), 35 *McGill L.J.* 610.
 Quigley, Tim. "A Shorn Beard" (1987), 10 *Dal. L.J.* 167.
 Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 48 B.C.A.C. 161, 78 W.A.C. 161, 92 C.C.C. (3d) 193, allowing an appeal from conviction by Hutchison J. sitting with jury. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

William F. Ehrcke, for the appellant.

G. D. McKinnon, Q.C., for the respondent.

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

LAMER C.J. —

I. Introduction

In March of 1920, Britain's House of Lords handed down judgment in the now famous *Beard*

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a(i), (ii), 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Berner, S. H. «The Defense of Drunkenness — A Reconsideration» (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309.
 Colvin, Eric. «A Theory of the Intoxication Defence» (1981), 59 *R. du B. can.* 750.
 Colvin, Eric. «Codification and Reform of the Intoxication Defence» (1983), 26 *Crim. L.Q.* 43.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswell, 1986.
 Gold, Alan D. «An Untrimmed «Beard»: The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge» (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 34.
 Healy, Patrick. «R. v. Bernard: Difficulties with Voluntary Intoxication» (1990), 35 *R.D. McGill* 610.
 Quigley, Tim. «A Shorn Beard» (1987), 10 *Dal. L.J.* 167.
 Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 48 B.C.A.C. 161, 78 W.A.C. 161, 92 C.C.C. (3d) 193, qui a accueilli l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Hutchison, siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

William F. Ehrcke, pour l'appelante.

G. D. McKinnon, c.r., pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

En mars 1920, la Chambre des lords de Grande-Bretagne a rendu jugement dans la désormais célè-

case (*Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479). The issue before the court concerned the manner in which a jury should be instructed on the relationship between intoxication and intent. Lord Birkenhead, in speaking for the court, formulated rules that evidence of intoxication is to be considered by a jury only in those cases where its effect was to render the accused incapable of forming the requisite intent. In *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330, the *Beard* rules were incorporated into our law and they have been, for the most part, applied by this Court ever since.

2 I am of the view that the time has finally come for this Court to review the adequacy of *MacAskill* in light of earlier opinions expressed by Laskin and Dickson C.J.J., the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and other relevant developments in this area in our provincial appellate courts and other common law countries.

II. Summary of the Facts

3 Clark Hall was found stabbed to death, seated in a chair in his own apartment, on January 22, 1991. He was 52 years old. The autopsy revealed that he had suffered at least 12 blunt trauma wounds to the head which together would result in unconsciousness, but not death. Death was caused by three stab wounds to the upper part of the stomach, any one of which would have been fatal. The deceased had a blood alcohol level of 293 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood. The police found an empty litre-bottle of red wine in his apartment.

4 According to the respondent's statement to the police, he stabbed the deceased in self-defence. The deceased apparently said something to the respondent who then struck the deceased on the head with a rock from his pocket. The respondent then went to the kitchen, returned with a bread knife and was standing with the knife in his right hand. The respondent remembered stabbing the deceased two times and pushing him back into his chair.

bre affaire *Beard* (*Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479). La question soumise à la cour était de savoir quelles directives devaient être données au jury sur le lien entre l'intoxication et l'intention. Lord Birkenhead a formulé, au nom de la cour, des règles voulant qu'un jury ne doive tenir compte de la preuve d'intoxication que dans les cas où l'état d'intoxication de l'accusé l'a rendu incapable de former l'intention requise. L'arrêt *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330, a incorporé au droit canadien les règles dégagées dans l'arrêt *Beard*, qui, depuis, sont pour la plupart appliquées par notre Cour.

Je suis d'avis que le temps est finalement venu pour notre Cour de réexaminer l'à-propos de l'arrêt *MacAskill* à la lumière d'opinions exprimées antérieurement par les juges en chef Laskin et Dickson, de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'évolution qui a eu lieu en la matière dans nos cours d'appel provinciales et d'autres pays de common law.

II. Résumé des faits

Clark Hall a été trouvé mort, poignardé, assis dans une chaise dans son propre appartement, le 22 janvier 1991. Il était âgé de 52 ans. L'autopsie a permis de découvrir qu'il avait reçu à la tête au moins 12 coups portés avec un objet contondant, lesquels avaient provoqué l'inconscience, mais non la mort. La mort avait été causée par trois coups de couteau portés dans la partie supérieure de l'abdomen, chacun d'eux étant mortel. La victime avait une alcoolémie de 293 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. La police a trouvé dans son appartement un litre vide de vin rouge.

L'intimé a déclaré à la police avoir poignardé la victime alors qu'il était en situation de légitime défense. La victime a apparemment dit quelque chose à l'intimé, qui l'a alors frappée à la tête avec une pierre qu'il avait sortie de sa poche. L'intimé s'est ensuite rendu à la cuisine, est revenu avec un couteau à pain et est resté debout en tenant le couteau dans la main droite. Il s'est souvenu d'avoir poignardé la victime à deux reprises, puis de l'avoir poussée dans sa chaise.

The stabbing was witnessed by two other individuals. One of these witnesses, a self-described panhandler and street person of no fixed address, testified that both the deceased and the respondent had been drinking and that the respondent was very drunk. At some point, the deceased told another individual present to “get rid of your two friends” and the respondent then hit the deceased on the head with a rock. According to this witness, the deceased never stood up and remained in his chair as the respondent stabbed the deceased.

In final submissions to the jury, defence counsel submitted that the most important issue in the case was how the jury was going to deal with the defence of intoxication. Crown counsel conceded that the respondent was under some degree of influence of intoxication. In his charge to the jury, the trial judge told them that intoxication in this case was “significant” and there was evidence that the respondent “consumed a considerable amount of alcohol before the alleged killing of Mr. Clark Hall.”

The respondent was convicted of second degree murder by a jury. He appealed his conviction to the British Columbia Court of Appeal primarily on the basis that the trial judge had misdirected the jury on the manner in which they could use the evidence of intoxication as it related to the requisite intent for murder. The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal and the Crown appealed that decision to this Court on the basis of Gibbs J.A.’s dissent and pursuant to leave granted on March 2, 1995 ([1995] 1 S.C.R. x).

III. The Issues

The issues to be decided in this appeal, as stated by the appellant Crown in its factum, are as follows:

[1.] Did the majority in the British Columbia Court of Appeal err in law in concluding that the trial judge’s instructions to the jury, when read as a whole, constitute misdirection and reversible error

Deux autres personnes ont assisté à l’agression à coups de couteau. L’une d’elles, qui s’est décrite comme un sans-abri, a affirmé que la victime et l’intimé avaient bu et que ce dernier était très ivre. À un certain moment, la victime a dit à une autre personne de se [TRADUCTION] «débarrasse[r] de [ses] deux amis», et l’intimé a alors frappé la victime à la tête avec une pierre. Selon ce témoin, la victime ne s’est jamais levée et est restée assise dans sa chaise au moment où l’intimé la poignardait.

Dans sa plaidoirie finale au jury, l’avocat de la défense a fait valoir que la question la plus importante dans cette affaire était de savoir ce que le jury ferait de la défense d’intoxication. Le substitut du procureur général a admis que l’intimé avait été ivre jusqu’à un certain point. Dans son exposé au jury, le juge du procès a affirmé que le degré d’intoxication était en l’espèce [TRADUCTION] «élevé» et qu’il y avait une preuve que l’intimé avait «consommé une grande quantité d’alcool avant l’homicide allégué de M. Clark Hall.»

L’intimé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury. Il en a appelé de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, en faisant valoir principalement que le juge du procès avait donné au jury des directives erronées sur ce qu’il pourrait faire de la preuve d’intoxication relativement à l’intention requise pour commettre un meurtre. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel, et le ministère public s’est pourvu contre cet arrêt devant notre Cour, en se fondant sur la dissidence du juge Gibbs et conformément à l’autorisation accordée le 2 mars 1995 ([1995] 1 R.C.S. x).

III. Les questions en litige

Les questions à trancher dans le présent pourvoi sont énoncées dans le mémoire du ministère public appellant:

[TRADUCTION]

[1.] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que, dans l’ensemble, les directives du juge du procès au jury sur les questions de l’intoxica-

on the issues of intoxication, the common sense inference that a person intends the natural and probable consequences of his acts, and the burden on the Crown to prove the intent required for murder beyond a reasonable doubt?

[2.] Did the British Columbia Court of Appeal err in law in following *Regina v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 and in deciding that it is reversible error for a trial judge to instruct a jury on the defence of drunkenness in accordance with the “two-step” process enunciated in *Regina v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306?

[3.] Did the British Columbia Court of Appeal err in law in failing to apply the provisions of s. 686(1)(b)(iii) [of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46]?

IV. Analysis

(i) *The Beard Rules: Capacity Is the Only Relevant Inquiry*

9 Arthur Beard was convicted of murder and sentenced to death in the rape and killing of a 13-year-old girl. Beard’s position at trial was that he was only guilty of manslaughter as his self-induced intoxication rendered him incapable of knowing that what he was doing was likely to inflict serious injury. The case eventually found its way to Britain’s House of Lords on a point of law described by Lord Birkenhead at p. 493 as one of “undoubted importance in the administration of the criminal law” — the manner in which juries should be instructed concerning evidence of intoxication.

10 It is important to recall that until the early nineteenth century, the law of England was such that drunkenness was never a mitigating factor in assessing liability: *Reniger v. Fogassa* (1551), 1 Plowden 1, 75 E.R. 1 (Ex. Ct.). This rigid rule was slowly relaxed over the next century (see, for example, *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306 (C.C.C.), and *R. v. Meade*, [1909] 1 K.B. 895 (C.C.A.)) in cases involving serious offences such as murder to reflect the harshness of the sentence

tion, de la déduction, conforme au bon sens, qu’une personne veut les conséquences naturelles et probables de ses actes, et du fardeau qui incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable l’existence de l’intention requise pour commettre un meurtre, étaient erronées et constituaient une erreur justifiant annulation?

[2.] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur de droit en suivant l’arrêt *Regina c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403, et en statuant que le juge du procès qui donne au jury des directives sur la défense d’ivresse, conformément au processus «en deux temps» énoncé dans *Regina c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306, commet une erreur justifiant annulation?

[3.] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur de droit en n’appliquant pas les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) [du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46]?

IV. Analyse

(i) *Les règles de l’arrêt Beard: la capacité est la seule question pertinente*

Arthur Beard a été déclaré coupable de meurtre et condamné à mort pour le viol et l’homicide d’une jeune fille de 13 ans. À son procès, Beard a maintenu qu’il n’était coupable que d’homicide involontaire, étant donné que son intoxication volontaire l’avait rendu incapable de savoir que ce qu’il faisait était de nature à infliger de graves blessures. L’affaire s’est finalement rendue jusqu’à la Chambre des lords de Grande-Bretagne sur une question de droit que lord Birkenhead qualifie, à la p. 493, de question [TRADUCTION] «d’une importance certaine pour l’application du droit criminel» — à savoir quelles directives devraient être données au jury sur la preuve d’intoxication.

Il est important de se rappeler que, jusqu’au début du XIX^e siècle, l’ivresse n’était jamais, en droit anglais, un facteur atténuant qu’il fallait prendre en considération lors de l’appréciation de la responsabilité: *Reniger c. Fogassa* (1551), 1 Plowden 1, 75 E.R. 1 (C. de l’É.). Cette règle stricte a été peu à peu assouplie au cours du siècle suivant (voir, par exemple, *R. c. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306 (C.C.C.), et *R. c. Meade*, [1909] 1 K.B. 895 (C.C.A.)), dans des affaires où il était question

which often included the death penalty. The historical development of the English law, in this area, is discussed by Professor Quigley in "A Shorn Beard" (1987), 10 *Dal. L.J.* 167.

In delivering his speech in *Beard*, *supra*, at pp. 501-502, Lord Birkenhead reviewed the developments over the last century and formulated the following famous rules of intoxication which he believed properly reflected the current state of the English law:

That evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consideration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent.

That evidence of drunkenness falling short of a proved incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime, and merely establishing that his mind was affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion, does not rebut the presumption that a man intends the natural consequences of his acts. [Emphasis added.]

Under these rules, intoxication is not a relevant factor for triers of fact to consider except in those cases where the alcohol or drugs has removed the accused's capacity to form the requisite intent.

(ii) *The Incorporation of Beard into our Common Law: MacAskill and its Progeny*

Some eleven years after the decision in *Beard*, this Court was given an opportunity to consider the manner in which juries should be instructed on the circumstances under which intoxication could reduce a charge of murder to manslaughter in *MacAskill*, *supra*. MacAskill had been convicted of murder and sentenced to death. In ruling on the propriety of the trial judge's charge to the jury, this Court held at p. 332 that the *Beard* "propositions

d'infractions graves comme le meurtre, afin de refléter la sévérité de la sentence imposée, qui était souvent la peine de mort. L'évolution historique du droit anglais dans ce domaine est analysée par le professeur Quigley dans «A Shorn Beard» (1987), 10 *Dal. L.J.* 167.

Dans les motifs qu'il a exposés dans l'arrêt *Beard*, précité, aux pp. 501 à 502, lord Birkenhead a examiné l'évolution qui avait eu lieu au cours du siècle précédent et a formulé les célèbres règles suivantes relatives à l'intoxication, qui, croyait-il, reflétaient bien l'état du droit anglais de l'époque:

[TRADUCTION] La preuve de l'ivresse qui rend l'accusé incapable de former l'intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime doit être examinée, avec le reste de la preuve, pour déterminer s'il a eu ou non cette intention.

Si la preuve de l'ivresse n'est pas suffisante pour établir que l'accusé était incapable de former l'intention nécessaire pour commettre le crime, et ne fait qu'établir que son esprit était affecté par ce qu'il avait bu au point qu'il s'est laissé aller plus facilement à un violent accès de passion, la présomption qu'une personne veut les conséquences naturelles de ses actes n'est pas repoussée. [Je souligne.]

Selon ces règles, l'intoxication n'est pas un facteur que le juge des faits doit prendre en considération, sauf dans le cas où l'alcool ou la drogue a rendu l'accusé incapable de former l'intention requise.

(ii) *L'incorporation des règles de l'arrêt Beard dans notre common law: l'arrêt MacAskill et les arrêts qui l'ont suivi*

Quelque onze années après l'arrêt *Beard*, notre Cour a eu l'occasion, dans l'arrêt *MacAskill*, précité, de se demander quelles directives devaient être données aux jurys sur les circonstances dans lesquelles l'intoxication peut permettre de réduire une accusation de meurtre à une accusation d'homicide involontaire coupable. MacAskill avait été déclaré coupable de meurtre et condamné à mort. Se prononçant sur l'à-propos de l'exposé du juge du procès au jury, notre Cour statue, à la p. 332, que [TRADUCTION] «les propositions [de l'arrêt *Beard*] énoncent les règles que nous devons appli-

11

12

embody the rules governing us on this appeal". Duff J. (as he then was) stated at p. 334:

The right direction . . . is that evidence of drunkenness rendering the accused incapable of the state of mind defined by that subsection [s. 259(b)] may be taken into account with the other facts of the case for the purpose of determining whether or not, in fact, the accused had the intent necessary to bring the case within that subsection; but that the existence of drunkenness not involving such incapacity is not a defence.

13 The only modification to the *Beard* rules came in *Malanik v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 335, at p. 341, where this Court held that the word "proved" should be removed from its rules. In other words, intoxication should be treated like any other defence where there is simply an evidentiary burden on the accused to adduce some evidence capable of raising a reasonable doubt.

14 In *Bradley v. The Queen*, [1956] S.C.R. 723, the following observation concerning the presumption that a person intends the natural consequences of his or her acts contained in the *Beard* rules was made (at pp. 728-29):

. . . it may be said that, when dealing generally with the presumption that a man is presumed to intend the natural consequences of his act, certain statements of the charge could be objectionable.

However, the Court did not find it necessary to make a modification to this aspect of the *Beard* rules in that case. Therefore, I wish to take the opportunity in this case to hold that the presumption of intent, to which *Beard* refers, should only be interpreted and referred to as a common sense and logical inference that the jury can but is not compelled to make. See *Mulligan v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 612, at p. 616 (*per* Spence J.), and *R. v. Giannotti* (1956), 115 C.C.C. 203 (Ont. C.A.).

quer dans le présent pourvoi». Le juge Duff (plus tard juge en chef) affirme, à la p. 334:

[TRADUCTION] La voie à suivre [. . .] est celle voulant que la preuve de l'ivresse qui rend l'accusé incapable d'avoir l'état d'esprit défini à cet alinéa [l'al. 259b)] puisse être prise en considération avec les autres faits de l'affaire pour déterminer si l'accusé avait effectivement l'intention nécessaire pour entraîner l'application de cet alinéa; mais c'est également celle qui veut que l'existence d'un état d'ivresse qui n'engendre pas une telle incapacité ne constitue pas un moyen de défense.

La seule modification que les règles de l'arrêt *Beard* ont subie a été apportée dans l'arrêt *Malanik c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 335, à la p. 341, où notre Cour a statué qu'il y avait lieu de supprimer de la version anglaise de ces règles le mot «*proved*» qui reflétait l'obligation pour l'accusé d'«établir» son incapacité de former l'intention nécessaire. En d'autres termes, l'intoxication devrait être traitée comme tout autre moyen de défense dans le cas où il incombe simplement à l'accusé de présenter des éléments de preuve susceptibles de susciter un doute raisonnable.

Dans l'arrêt *Bradley c. The Queen*, [1956] R.C.S. 723, la Cour fait l'observation suivante au sujet de la présomption, contenue dans les règles de l'arrêt *Beard*, qu'une personne veut les conséquences naturelles de ses actes (aux pp. 728 et 729):

[TRADUCTION] . . . il est possible d'affirmer que, lorsqu'elles se rapportent de manière générale à la présomption qu'une personne veut les conséquences naturelles de ses actes, certaines affirmations contenues dans l'exposé peuvent être inacceptables.

Toutefois, la Cour n'a pas jugé nécessaire de modifier cet aspect des règles de l'arrêt *Beard* dans cette affaire. Par conséquent, je veux profiter de l'occasion, en l'espèce, pour conclure que la présomption d'intention à laquelle l'arrêt *Beard* renvoie devrait être interprétée et mentionnée seulement comme une déduction logique et conforme au bon sens que le jury peut faire, sans toutefois y être tenu. Voir *Mulligan c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 612, à la p. 616 (le juge Spence), et *R. c. Giannotti* (1956), 115 C.C.C. 203 (C.A. Ont.).

Since *MacAskill*, the *Beard* rules and “capacity” language have been approved of and relied on in many decisions of this Court. Some of these decisions include *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, at pp. 29-30; *Malanik, supra*, at p. 341 (“the accused is entitled to the benefit of any reasonable doubt as to the capacity of the accused to form the necessary intent” (emphasis added)); *Capson v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 44, at p. 47; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, at p. 879 (“the question is whether, owing to drunkenness, respondent’s condition was such that he was incapable of applying force intentionally” (emphasis added)); *Mulligan, supra*, at p. 625 (“This is not, therefore, a case in which, because of a pre-existing condition, the appellant was more likely to become incapable as a result of consuming alcohol” (emphasis added)); *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, at pp. 59-60; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559, at pp. 566-69; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956, at pp. 970-71; and *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 864-65:

Drunkenness in a general sense is not a true defence to a criminal act. Where, however, in a case which involves a crime of specific intent, the accused is so affected by intoxication that he lacks the capacity to form the specific intent required to commit the crime charged it may apply. [Emphasis added.]

(iii) *Should MacAskill Be Overruled?*

The important issue raised by this appeal is whether the Court should now overrule the *Beard* rules of intoxication incorporated in *MacAskill* and its progeny. It is clear that this Court may overrule its own decisions: see *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527. Indeed, I recently overruled the long-standing rule concerning the admissibility of prior inconsistent statements for the truth of their contents in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. However, as Dickson C.J. remarked in *Bernard*, at p. 849, “[t]here must be compelling

Depuis l’arrêt *MacAskill*, les règles de l’arrêt *Beard* et la mention de la «capacité» ont été approuvées par notre Cour qui s’est fondée sur elles dans de nombreux arrêts, dont *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, aux pp. 29 et 30, *Malanik*, précité, à la p. 341 ([TRADUCTION] «l’accusé a droit au bénéfice de tout doute raisonnable quant à sa capacité de former l’intention nécessaire» (je souligne)), *Capson c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 44, à la p. 47, *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871, à la p. 879 ([TRADUCTION] «la question est [...] de savoir si, en raison de son état d’ébriété, l’intimé était incapable de recourir à la force intentionnellement» (je souligne)), *Mulligan*, précité, à la p. 625 («Il ne s’agit donc pas d’un cas où, en raison d’un état préexistant, l’appelant était plus susceptible de devenir incapable de former l’intention par suite de la consommation d’alcool» (je souligne)), *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, aux pp. 59 et 60, *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559, aux pp. 566 à 569, *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956, aux pp. 970 et 971, et *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 864 et 865:

L’ivresse au sens général ne constitue pas véritablement une défense opposable à une accusation d’avoir commis un acte criminel. Toutefois, dans le cas d’un crime d’intention spécifique, lorsque l’intoxication de l’accusé est de nature à le rendre incapable de former l’intention spécifique requise pour commettre le crime qu’on lui impute, il se peut que cette défense puisse s’appliquer. [Je souligne.]

(iii) *L’arrêt MacAskill devrait-il être renversé?*

Le présent pourvoi soulève la question importante de savoir si la Cour devrait maintenant renverser les règles de l’arrêt *Beard* relatives à l’intoxication qui ont été incorporées dans *MacAskill* et les arrêts qui l’ont suivi. Il est clair que notre Cour peut renverser ses propres arrêts: voir *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 527. En fait, j’ai récemment renversé la règle appliquée depuis longtemps en matière d’admissibilité de déclarations antérieures incompatibles en fonction de la véracité de leur contenu, dans l’arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Toutefois, comme le juge en chef Dickson le fait remarquer dans l’arrêt *Bernard*, à la p. 849, «[i]l doit [...] y avoir des

circumstances to justify departure from a prior decision”.

circonstances impérieuses pour justifier qu'on s'écarte d'un précédent».

17 I am of the view that there are at least five separate considerations in the jurisprudence and academic commentary which support the conclusion that *MacAskill* should now be overruled.

Je suis d'avis qu'il y a, dans la jurisprudence et la doctrine, au moins cinq facteurs distincts qui permettent de conclure que le temps est venu de renverser l'arrêt *MacAskill*.

(a) The Opinions of Former Chief Justices Laskin and Dickson

a) Les opinions des anciens juges en chef Laskin et Dickson

18 While the bulk of authority following *MacAskill* in this Court continued to use “capacity” as the threshold for the intoxication defence, a number of judges, most notably Laskin and Dickson C.JJ., began to question *Beard* implicitly by suggesting that the real focus should be on whether, in light of the intoxication evidence, the Crown has established the requisite intent beyond a reasonable doubt. In addition, a number of decisions highlighted that the issue of the appropriateness of the *Beard* rules was a live and open one.

Bien que, dans la majeure partie de la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *MacAskill* de notre Cour, on ait continué d'utiliser la «capacité» comme critère préliminaire relativement à la défense d'intoxication, un certain nombre de juges, plus particulièrement les juges en chef Laskin et Dickson, ont commencé à remettre en question implicitement l'arrêt *Beard* en laissant entendre que l'accent devrait être mis, en réalité, sur la question de savoir si, à la lumière de la preuve d'intoxication, le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable l'existence de l'intention requise. De plus, un certain nombre d'arrêts ont souligné que la question de l'à-propos des règles de l'arrêt *Beard* restait entière.

19 In the early seventies, Laskin J., as he then was, writing in dissent along with Hall and Spence JJ. in *Perrault v. The Queen*, [1971] S.C.R. 196, was the first to recognize that the real question was one of intent in fact and that even where the evidence of intoxication did not rise to the level of incapacity, it could still be relevant to intent in fact and therefore should not be rejected (at p. 207):

Au début des années 70, le juge Laskin (plus tard Juge en chef), dissident avec les juges Hall et Spence dans l'arrêt *Perrault c. La Reine*, [1971] R.C.S. 196, a été le premier à reconnaître que la vraie question portait sur l'intention de fait et que, même dans le cas où la preuve d'intoxication ne suffisait pas à établir l'incapacité, elle pouvait rester pertinente quant à l'intention de fait et ne devait donc pas être rejetée (à la p. 207):

It is necessary, of course, in cases where drunkenness is raised as a defence, or where on the evidence it may be a defence, to a charge of murder, to avoid confusing the effect of drunkenness on the capacity to form the requisite intent with the question whether there was such intent in fact. The rejection of the one (that is, as a defence) does not automatically result in the establishment of the other.

Il faut, évidemment, dans les affaires de meurtre où l'on invoque l'ivresse en défense, ou dans celles où en regard de la preuve l'ivresse est un moyen de défense possible, éviter de confondre l'effet de l'ivresse sur la capacité de former l'intention requise et la question de savoir si, de fait, l'inculpé a eu cette intention. Le fait de rejeter le premier (comme moyen de défense) n'implique pas nécessairement la preuve de l'autre.

20 Laskin J.'s well-reasoned opinion was applauded by Professor S. H. Berner in “The Defense of Drunkenness — A Reconsideration”

Dans «The Defense of Drunkenness — A Reconsideration» (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309, le professeur S. H. Berner a approuvé l'opinion

(1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309, who commented at p. 329 that:

Laskin's point is well taken, and it is unfortunate that the majority in *Perrault* refused to subscribe to his analysis. In principle at least, it seems quite clear that the distinction which Laskin, J. draws between drunkenness "as referable to capacity" and drunkenness as referable to "intent in fact" is valid.

Similar views began to be expressed by Dickson J. in the late seventies. In *Mulligan*, Dickson J., alone in dissent, argued that the critical inquiry, notwithstanding the issue of capacity, is whether the accused had the requisite intent in fact, and therefore that all relevant evidence bearing on that issue, including evidence of intoxication, should be considered by the triers of fact (at pp. 627-28):

When deciding whether an accused can rely on the defence of drunkenness to negative capacity to form the intent to kill, one must consider the effect of the alcohol alleged to have been consumed upon the particular accused, at the particular time, and in his then mental state. Mental condition is a relevant, indeed essential, consideration to a determination of *mens rea* if, in conjunction with alcohol, it affects capacity to form an intention. Mental condition as well as the effect of alcohol are relevant to the critical question, not placed before the jury in this case, of whether the accused *had* the necessary intent.

The predominant question is intent. A rigid categorization of defences, keeping medical evidence of insanity entirely separate from evidence of drunkenness is not only unrealistic but a departure from all that is embraced in the phrase '*mens rea*'. The concern is with the particular accused and with his capacity to form the intent to kill when as here, for example, the defence contends the accused was in a dissociative state of mind, drunk and provoked. It was necessary for the jury to weigh and assess each of these elements separately; it was imperative also, in my view, to relate the evidence of drunkenness to the evidence of the mental state of the accused. These are not easy matters to explain to a jury. Obviously, the jury was confused here, as evidenced by the request for a recharge on provocation, insanity and intent. The attempt must, however, be made. If intent

raisonnée du juge Laskin, en faisant observer à la p. 329:

[TRADUCTION] La remarque du juge Laskin est convaincante, et il est dommage que les juges majoritaires dans l'arrêt *Perrault* aient refusé de souscrire à son analyse. En principe, tout au moins, il semble tout à fait clair que la distinction établie par le juge Laskin entre l'ivresse comme moyen de défense «relativement à la capacité» et l'ivresse comme moyen de défense relativement à l'«intention de fait» est valide.

À la fin des années 70, le juge Dickson a commencé à exprimer un point de vue semblable. Dans l'arrêt *Mulligan*, il a fait valoir, dans ses motifs de dissidence, que la question cruciale, nonobstant la question de capacité, est de savoir si l'accusé avait l'intention de fait requise, et que, par conséquent, tout élément de preuve pertinent relativement à cette question, y compris la preuve d'intoxication, devrait être pris en considération par le juge des faits (aux pp. 627 et 628):

Pour décider si l'accusé peut invoquer l'ivresse pour établir son incapacité de former l'intention de tuer, il faut considérer l'effet, sur l'accusé en question, de l'alcool qu'il aurait consommé et ce, au moment en question, en tenant compte de l'état mental de l'accusé à ce moment précis. Cet état mental est un facteur pertinent, et même essentiel, pour déterminer la *mens rea* si, combiné aux effets de l'alcool, il a une influence sur la capacité de former une intention. L'état mental ainsi que l'effet de l'alcool sont des facteurs pertinents à la question cruciale, qui n'a pas été soumise au jury en l'espèce, de savoir si l'accusé *avait* effectivement l'intention, élément essentiel de l'infraction.

La question principale est celle de l'intention. Une catégorisation rigide des moyens de défense, qui aurait pour effet de séparer complètement la preuve médicale de l'aliénation mentale de celle de l'ivresse, est non seulement irréaliste mais incompatible avec l'ensemble de ce qu'implique l'expression «*mens rea*». Ce qui importe c'est l'accusé et sa capacité de former l'intention de tuer, lorsque, comme en espèce, la défense invoque l'état de dissociation mentale, l'ivresse et la provocation. Le jury devait peser et évaluer chacun de ces éléments séparément; il était en outre essentiel, à mon avis, qu'on examine la preuve de l'ivresse en regard de celle relative à l'état mental de l'accusé. Ce n'est pas facile à expliquer à un jury. Il est évident, qu'en l'espèce, le jury n'a pas très bien compris, puisqu'il a demandé au juge de répéter ses directives relatives à la provocation, à

and capacity are to be anything more than catchwords, then all factors bearing upon capacity and intent, such as dissociative state, stress and drunkenness, must be considered jointly and severally as part of an overall picture and their respective influences, each upon the other, assessed. [Emphasis in original.]

22 Dickson J.'s approach in *Mulligan* was further refined a year later in his dissenting reasons in *Leary*, wherein, joined by Laskin C.J. and Spence J., he stated at pp. 33 and 35:

Although the expression "defence of drunkenness" is often used, more precisely the defence is that the accused, by reason of drunkenness, lacked the capacity to form the requisite intent or lacked the intent in fact

I would answer the question of law posed in this appeal in this manner — drunkenness . . . may be considered by the jury, together with all other relevant evidence, in determining whether the prosecution has proved beyond a reasonable doubt the *mens rea* required to constitute the crime.

On principle, it would seem that evidence of intoxication should be relevant in determining the presence of the requisite mental element, inasmuch as intoxication undoubtedly affects a person's ability to appreciate the possible consequences or circumstances. Consumption of alcohol affects mental state. The state of mind of the accused being in issue it would seem reasonable to ask — what was his actual state of mind at the time? If the evidence in the case discloses some degree of intoxication, one might think, consistent with fundamental principles of criminal responsibility, that such evidence would be relevant to any consideration of the mental state of the alleged offender. [Emphasis added.]

23 Ten years later, in 1988, similar views were again expressed at p. 843 by now Dickson C.J., again in dissent, in *Bernard*, reasons in which I concurred:

In principle, therefore, intoxication is relevant to the mental element in crime, and should be considered, together with all other evidence, in determining whether

l'aliénation mentale et à l'intention. Il faut toutefois tenter de lui expliquer ces questions. Si l'on veut que l'intention et la capacité soient plus que des mots vides de sens, il faut examiner, dans le contexte de l'ensemble de l'affaire, tous les facteurs afférents à la capacité et à l'intention, tels que la dissociation mentale, le stress et l'ivresse, et établir l'influence de chacun sur les autres. [En italique dans l'original.]

Un an plus tard, le juge Dickson a précisé davantage le point de vue qu'il avait adopté dans *Mulligan*, dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'arrêt *Leary* où, avec l'appui du juge en chef Laskin et du juge Spence, il affirme, aux pp. 33 et 35:

Bien que l'expression «défense d'ivresse» soit souvent employée, elle signifie plus précisément qu'en raison de son ivresse, l'accusé était incapable de former l'intention requise ou n'avait pas cette intention

Ma réponse à la question de droit posée dans ce pourvoi est la suivante: l'ivresse [. . .] peut, avec les autres éléments pertinents de la preuve, être prise en considération par le jury afin de déterminer si la poursuite a été établie au-delà de tout doute raisonnable la *mens rea* requise pour constituer le crime.

En principe, l'on pourrait s'attendre à ce que la preuve de l'ivresse soit pertinente pour déterminer l'existence de l'élément mental requis, dans la mesure où l'ivresse affecte indubitablement la capacité d'apprécier les circonstances où les conséquences possibles d'un acte. L'absorption d'alcool influe sur l'état mental. Puisque l'état mental de l'accusé constitue une question litigieuse, il semble raisonnable de se demander quel était son état mental au moment de l'acte. Si la preuve révèle un certain degré d'intoxication, on peut penser, conformément aux principes fondamentaux de la responsabilité pénale, qu'elle est pertinente pour déterminer l'état mental du présumé délinquant. [Je souligne.]

Dix ans plus tard, en 1988, le juge Dickson, devenu Juge en chef, a exprimé de nouveau un point de vue similaire dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Bernard* à la p. 843, auxquels j'ai souscrit:

En principe, donc, l'intoxication est pertinente relativement à l'élément moral d'un crime et on doit en tenir compte avec tous les autres éléments de preuve en déter-

the Crown has proved the requisite mental state beyond a reasonable doubt.

By the 1980s, it was thus clear to some members of this Court that the validity of *Beard* and *MacAskill* was now prone to a challenge. In *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, in order to ensure that we did not foreclose a future challenge, I held, at p. 496 for the majority which included Dickson J., that:

... I should like to mention that my agreement with the reasoning of that Court [the Ontario Court of Appeal] as to the relevancy of drunkenness need not and for that reason does not, for the purpose of disposing of this appeal, include an endorsement of the proposition that it is sufficient that the accused have "the capacity to form the intent"

Moreover, in *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39, I, in dissent with Laskin C.J. and Dickson J. but not on this point, declined at p. 43 to take up the appellant's request that we reconsider *Beard* since the issue had become moot in the context of the case:

Whilst acknowledging this, appellant invites us to reconsider this area of the law dealing with drunkenness, and order a new trial because of misdirection as to the proper test as regards the effect of intoxication on *mens rea*. As I am of the opinion that appellant should succeed on another ground, there is here no compelling reason to do so. Furthermore, I do not think that this is the proper case to reconsider that question as we have been invited to reconsider only the test, and, as a result have had the benefit of argument solely on that aspect of the question. Indeed, if and when we do so, it would then be desirable that we consider not only the test set out in *Beard* (capacity) but also, as was done by my brother Dickson in *Leary v. The Queen*, the logic and desirability of categorizing offences as of general or specific intent. A departure from the "capacity test", without reconsideration of the very existence of those categories, could lead to erratic and undesirable results when the defence of intoxication is applied.

minant si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'état mental requis.

Dès les années 80, il était donc clair pour certains membres de notre Cour que la validité des arrêts *Beard* et *MacAskill* était dorénavant susceptible d'être contestée. Dans l'arrêt *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, afin de m'assurer que nous n'excluions pas toute contestation future, j'affirme (à la p. 496), au nom des juges majoritaires, dont le juge Dickson, que:

... je dois souligner qu'il n'est pas nécessaire, pour décider du présent pourvoi, que mon concours au raisonnement de la Cour [la Cour d'appel de l'Ontario] quant à la pertinence de l'ivresse s'étende, ce qu'il ne fait pas, à accepter la proposition qu'il suffit que l'accusé ait eu «la capacité de former l'intention . . .»

De plus, dans l'arrêt *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39, dissident avec le juge en chef Laskin et le juge Dickson, mais pas sur ce point, j'ai refusé (à la p. 43) de faire droit à la demande de réexamen de l'arrêt *Beard* que nous faisait l'appelant, étant donné que la question en litige était devenue théorique dans le contexte de cette affaire:

L'appelant le reconnaît, mais nous invite à réexaminer cet aspect du droit relatif à l'ivresse et à ordonner un nouveau procès pour cause de directives erronées sur le critère approprié applicable à l'effet de l'intoxication sur la *mens rea*. Comme je suis d'avis que l'appelant doit avoir gain de cause pour un autre motif, il n'y a en l'espèce aucune raison impérieuse de procéder à un tel réexamen. En outre, je n'estime pas qu'il convienne en l'espèce de réexaminer cette question, car on nous a invités à réexaminer le critère seulement et, par conséquent, nous n'avons pu bénéficier des représentations des avocats que sur cet aspect de la question. En fait, si nous le faisons, il serait alors souhaitable d'examiner non seulement le critère énoncé dans l'arrêt *Beard* (la capacité), mais aussi, comme l'a fait mon collègue le juge Dickson dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, de remettre en question la logique et l'avantage que peut avoir la catégorisation des infractions en infractions d'intention générale et celles d'intention spécifique. S'écarter du «critère de la capacité», sans réexaminer l'existence même de ces deux catégories, risquerait d'entraîner des résultats erratiques et non souhaitables dans l'application de la défense d'intoxication.

26

Finally, this Court's decision in *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, confirmed that the issue of the validity of *Beard* and *MacAskill* was still an open one that would need to be soon addressed by this Court. Cory J., for the majority, stated at p. 164:

There is a difference of opinion among appellate courts as to the effect of evidence as to intoxication. In *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (Ont. C.A.), Martin J.A. held that evidence of intoxication which did not deprive the accused of the capacity to form the intent should still be taken into consideration in determining whether the accused did in fact form the requisite intent to commit the offence. In *R. v. Korzepe* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, the British Columbia Court of Appeal rejected the *MacKinlay* decision. It was suggested that the reasoning of Martin J.A. was contrary to decisions of this Court. This is an issue that has not as yet been addressed. It would be inappropriate to do so in this case, as its validity was not raised or addressed before us.

While I dissented in the result in *Cooper*, I concurred with these comments of Cory J.

(b) Developments in our Provincial Appellate Courts

27

In deciding that the time has come to overrule *MacAskill*, I am cognizant of the fact that the *Beard* rules are no longer followed by any provincial appellate court in this country that has considered the issue. In place of the *Beard* rules, two different approaches have developed over the years.

28

The Ontario Court of Appeal was the first provincial appellate court to develop an alternative approach. In *R. v. Dees* (1978), 40 C.C.C. (2d) 58, Arnup J.A., for the Court of Appeal, dissatisfied with the *Beard* rules, stated at p. 66:

The ultimate question must always be: did the accused have the requisite intent? Of course, if he lacked the capacity to form that intent, then he did not have the intent, but the converse proposition does not follow, i.e., it does not follow that just because he had the capacity, he also had the specific intent.

Finalement, l'arrêt de notre Cour *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, a confirmé que la question de la validité des arrêts *Beard* et *MacAskill* demeurerait entière et devrait bientôt être abordée par notre Cour. Le juge Cory affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 164:

Il y a une divergence d'opinions parmi les cours d'appel quant à l'effet de la preuve relative à l'intoxication. Dans l'arrêt *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A. Ont.), le juge Martin a conclu que la preuve d'une intoxication qui ne privait pas l'accusé de la capacité de former l'intention, devrait encore être prise en considération pour déterminer si l'accusé a effectivement formé l'intention requise de commettre l'infraction. Dans *R. c. Korzepe* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'arrêt *MacKinlay*. On a laissé entendre que le raisonnement du juge Martin était contraire à la jurisprudence de notre Cour. Il s'agit d'une question qui n'a pas été abordée jusqu'à ce jour. Il ne conviendrait pas de le faire en l'espèce étant donné que la question de la validité n'a pas été soulevée ni abordée devant nous.

Bien que j'aie exprimé ma dissidence quant au résultat dans l'arrêt *Cooper*, j'ai souscrit à ces commentaires du juge Cory.

b) Évolution dans nos cours d'appel provinciales

En décidant que le temps est venu de renverser l'arrêt *MacAskill*, je suis conscient du fait que toutes les cours d'appel du pays qui ont eu à examiner la question ont cessé de suivre les règles de l'arrêt *Beard*. À la place des règles de l'arrêt *Beard*, deux approches différentes ont été adoptées au fil des ans.

La Cour d'appel de l'Ontario a été la première cour d'appel provinciale à adopter une autre approche. Dans *R. c. Dees* (1978), 40 C.C.C. (2d) 58, le juge Arnup, mécontent des règles de l'arrêt *Beard*, affirme, au nom de la Cour d'appel, à la p. 66:

[TRADUCTION] La question qu'il faut se poser en définitive doit toujours être la suivante: l'accusé avait-il l'intention requise? Évidemment, s'il n'avait pas la capacité de former l'intention, il n'avait pas alors cette intention, mais l'inverse n'est pas vrai, c.-à-d. qu'il ne s'ensuit pas que, simplement parce qu'il avait la capacité, il avait aussi l'intention spécifique.

The Ontario approach culminated in Martin J.A.'s decision in *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A.). Under *MacKinlay* a jury is to be instructed as follows (at pp. 321-22):

Where intoxication is in issue, I think it would be helpful for the trial judge to draw the jury's attention to the common knowledge of the effects of the consumption of alcohol. He should first instruct the jury that intoxication causing a person to cast off restraint and act in a manner in which he would not have acted if sober affords no excuse for the commission of a crime while in that state if he had the intent required to constitute the crime. He should then instruct the jury that where a specific intent is necessary to constitute the crime, the crime is not committed if the accused lacked the specific intent essential to constitute the crime. In considering whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the accused had the specific intent required to constitute the crime charged, they should take into account the accused's consumption of alcohol or drugs along with the other facts which throw light on the accused's intent. It would, as a general rule, be desirable for the judge to refer to the evidence as to the consumption of alcohol or drugs and to the other facts which throw light on the accused's intention. If the accused by reason of intoxication was incapable of forming the required intent, then obviously he could not have it. If the jury entertain a reasonable doubt whether the accused by reason of intoxication had the capacity to form the necessary intent, then the necessary intent has not been proved. If they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had the capacity to form the necessary intent, they must then go on to consider whether, taking into account the consumption of liquor and the other facts, the prosecution has satisfied them beyond a reasonable doubt that the accused in fact had the required intent. [Underlining added; italics in original.]

The *MacKinlay* charge has been approved of in Saskatchewan (*R. v. Dumais* (1993), 87 C.C.C. (3d) 281 (C.A.), at pp. 284-85); Manitoba (*R. v. Crane* (1993), 81 C.C.C. (3d) 276 (C.A.)); Newfoundland (*R. v. Ivany* (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 13 (C.A.), *R. v. Allen* (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 188 (C.A.), at p. 197); and Nova Scotia (*R. v. Neaves* (1992), 75 C.C.C. (3d) 201 (C.A.)).

L'approche de l'Ontario a abouti à l'arrêt du juge Martin *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A.). Selon cet arrêt, le jury doit recevoir les directives suivantes (aux pp. 321 et 322):

[TRADUCTION] Lorsqu'il est question d'intoxication, je pense qu'il serait utile que le juge du procès attire l'attention du jury sur les effets ordinairement connus de la consommation d'alcool. Il devrait d'abord dire au jury que l'intoxication qui fait en sorte qu'une personne se débarrasse de ses inhibitions et agit d'une manière dont elle n'aurait pas agi si elle avait été sobre ne peut servir d'excuse à un crime perpétré alors qu'elle était dans cet état, si elle avait l'intention requise pour commettre le crime. Il devrait ensuite dire au jury que, lorsqu'une intention spécifique est nécessaire pour commettre le crime, le crime n'est pas commis si l'accusé n'avait pas l'intention spécifique essentielle pour commettre ce crime. En se demandant si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention spécifique requise pour commettre le crime qui lui est reproché, le jury devrait prendre en considération la consommation d'alcool ou de drogue par l'accusé, de même que les autres faits qui permettent de faire la lumière sur l'intention de l'accusé. En général, il serait souhaitable que le juge mentionne la preuve relative à la consommation d'alcool ou de drogue et les autres faits qui permettent de faire la lumière sur l'intention de l'accusé. Si l'accusé était, en raison de son intoxication, incapable de former l'intention requise, il est alors évident qu'il ne pouvait pas avoir cette intention. Si, en raison de l'intoxication de l'accusé, le jury doute raisonnablement qu'il ait eu la capacité de former l'intention nécessaire, l'existence de l'intention nécessaire n'est pas alors établie. S'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la capacité de former l'intention nécessaire, il doit alors se demander si, compte tenu de la consommation de spiritueux et des autres faits, le ministère public l'a convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait en fait l'intention requise. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Les directives de type *MacKinlay* ont été approuvées en Saskatchewan (*R. c. Dumais* (1993), 87 C.C.C. (3d) 281 (C.A.), aux pp. 284 et 285), au Manitoba (*R. c. Crane* (1993), 81 C.C.C. (3d) 276 (C.A.)), à Terre-Neuve (*R. c. Ivany* (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 13 (C.A.), et *R. c. Allen* (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 188 (C.A.), à la p. 197), et en Nouvelle-Écosse (*R. c. Neaves* (1992), 75 C.C.C. (3d) 201 (C.A.)).

31 The *MacKinlay* charge received an endorsement by this Court in *Cooper, supra*. In that case, the trial judge charged the jury in accordance with the spirit of *MacKinlay* and this Court noted at p. 164 that, in the context of the case, the “respondent had the benefit of a charge that was the most favourable to his position”.

32 In *R. v. Korzepe* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, the British Columbia Court of Appeal rejected *MacKinlay* as unfaithful to *Beard* and other cases in this Court. However, some two years later in *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403, that Court, faced with a constitutional challenge directed at *Beard* and *MacAskill*, agreed that the *Beard* rules were unconstitutional because they created a form of constructive liability that violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and did not constitute a reasonable limit under s. 1. In deciding on the appropriate charge that should replace *Beard*, the Court in that case went further than *MacKinlay* and recommended that all references to capacity be removed. Wood J.A., for the Court, held at p. 418-19:

In fact, as was pointed out in *Korzepe*, the two-step test in *MacKinlay* is inherently confusing. What reason could there be for requiring a jury to struggle with the elusive concept of “capacity to form an intent”, when at the end of that exercise they will only be required to turn their consideration to the real legal issue, namely, the actual intent of the accused? The issue of actual intent necessarily renders the question of capacity to form that intent redundant. With respect, it seems that the only likely result of retaining the two-step approach in *MacKinlay*, with its reference to “capacity”, would be to confuse the jury into considering something other than the actual intent of the accused, with potentially unconstitutional consequences.

The *Canute* approach was approved of by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Cormier* (1993), 86 C.C.C. (3d) 163.

33 In *R. v. Larose* (1993), 25 B.C.A.C. 264, a case handed down the same day as *Canute*, the same

Les directives de type *MacKinlay* ont reçu l’approbation de notre Cour dans l’arrêt *Cooper*, précité. Dans cette affaire, le juge du procès avait donné au jury des directives conformes à l’esprit de l’arrêt *MacKinlay*, et la Cour a fait remarquer, à la p. 164, que, dans le contexte en question, l’«intimé [avait] bénéficié d’un exposé qui était des plus favorables à sa position».

Dans l’arrêt *R. c. Korzepe* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté l’arrêt *MacKinlay* pour le motif qu’il dérogeait à l’arrêt *Beard* et à d’autres arrêts de notre Cour. Toutefois, quelque deux années plus tard, dans l’arrêt *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403, alors qu’elle était appelée à statuer sur une contestation constitutionnelle des arrêts *Beard* et *MacAskill*, elle a convenu que la règle de l’arrêt *Beard* était inconstitutionnelle parce qu’elle crée une forme de responsabilité par imputation qui viole l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et qu’elle n’est pas une limite raisonnable au sens de l’article premier. Pour décider quelles directives devraient remplacer l’arrêt *Beard*, la cour, dans cette affaire, est allée plus loin que l’arrêt *MacKinlay* et a recommandé la suppression de toute mention de la capacité. Le juge Wood conclut, au nom de la cour, aux pp. 418 et 419:

[TRADUCTION] En fait, tel que souligné dans *Korzepe*, le processus en deux temps de l’arrêt *MacKinlay* est déroutant en soi. Pourquoi devrait-on demander à un jury de se buter au concept évasif de la «capacité de former une intention», alors qu’en fin de compte ils seront seulement tenus de considérer la vraie question de droit, c.-à-d. l’intention véritable de l’accusé? La question de l’intention véritable rend nécessairement redondante la question de la capacité de former cette intention. En toute déférence, il semble que le maintien de l’approche en deux temps de l’arrêt *MacKinlay*, avec sa mention de la «capacité», aurait probablement pour seul résultat de dérouter le jury en l’amenant à prendre en considération autre chose que l’intention véritable de l’accusé, ce qui pourrait entraîner des conséquences inconstitutionnelles.

La Cour d’appel du Québec a sanctionné l’approche de l’arrêt *Canute* dans *R. c. Cormier*, [1993] R.J.Q. 2723.

Dans l’arrêt *R. c. Larose* (1993), 25 B.C.A.C. 264, rendu le même jour que l’arrêt *Canute*, la

Court of Appeal noted that its decision in *Canute* should not be interpreted as requiring a new trial in every case where capacity language is used. What is required, the British Columbia court held, is an assessment in each case of whether the charge made it clear to the jury that the real issue is one of intent in fact. A similar interpretation of *Canute* was approved of by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Smoke*, [1993] A.J. No. 758, and the North West Territories Court of Appeal in *R. v. Laisa*, [1993] N.W.T.R. 199, at pp. 204-205 (leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. viii).

Larose, *Smoke* and *Laisa* reveal that the differences between *MacKinlay* and *Canute* are not all that significant. They both highlight that the critical issue is intent in fact and that, so long as a trial judge's charge to the jury makes this point clear, he or she will not have committed reversible error.

(c) Developments in England, New Zealand and Australia

In most common law countries, *Beard's* "capacity" language has fallen out of favour. Instead, intoxication is simply a factor jurors can consider in assessing whether the prosecution has proved beyond a reasonable doubt that the accused had the required intent. In *Sheehan and Moore* (1975), 60 Cr. App. R. 308 (C.A.), Geoffrey Lane L.J. held in *dicta*, at p. 312, that:

In the light of these changes in the law since 1920 we think that great care must be exercised when citing the opinion in BEARD'S case (*supra*) at the present time. Indeed, in cases where drunkenness and its possible effect upon the defendant's *mens rea* is an issue, we think that the proper direction to a jury is, first, to warn them that the mere fact that the defendant's mind was affected by drink so that he acted in a way in which he would not have done had he been sober does not assist

Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait remarquer que sa décision dans *Canute* ne devrait pas être interprétée comme exigeant la tenue d'un nouveau procès dans tous les cas où on mentionne la capacité. Ce qu'il faut, selon cette cour, c'est apprécier dans chaque cas si on a clairement dit au jury que la véritable question est celle de l'intention de fait. Une interprétation semblable de l'arrêt *Canute* a reçu l'approbation de la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Smoke*, [1993] A.J. No. 758, et de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest dans *R. c. Laisa*, [1993] N.W.T.R. 199, aux pp. 204 et 205 (autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. viii).

Les arrêts *Larose*, *Smoke* et *Laisa* montrent que les différences entre les arrêts *MacKinlay* et *Canute* ne sont pas si grandes. Ces deux arrêts soulignent que la question cruciale est celle de l'intention de fait et que, dans la mesure où le juge du procès l'a clairement fait remarquer dans son exposé au jury, il n'a pas commis d'erreur justifiant annulation.

c) Évolution en Angleterre, en Nouvelle-Zélande et en Australie

Dans la plupart des pays de common law, la mention de la «capacité» de type *Beard* est tombée en défaveur. On considère plutôt que l'intoxication est simplement un facteur dont le jury peut tenir compte en examinant si la poursuite a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise. Dans l'arrêt *Sheehan and Moore* (1975), 60 Cr. App. R. 308 (C.A.), le lord juge Geoffrey Lane conclut, dans une opinion incidente, à la p. 312:

[TRADUCTION] À la lumière de ces changements survenus dans le droit depuis 1920, nous pensons qu'il faut, de nos jours, être très prudent en citant l'opinion exprimée dans l'affaire BEARD (précitée). En fait, dans les cas où l'ivresse et son incidence possible sur la *mens rea* du défendeur sont en cause, nous pensons qu'il convient, premièrement, de prévenir le jury que le simple fait que l'esprit du défendeur a été affecté par ce qu'il a bu, de sorte qu'il a agi d'une façon dont il n'aurait pas agi s'il avait été sobre, ne lui est d'aucun secours pourvu que l'intention nécessaire ait été présente. L'intention for-

34

35

him at all, provided that the necessary intention was there. A drunken intent is nevertheless an intent.

Secondly, and subject to this, the jury should merely be instructed to have regard to all the evidence, including that relating to drink, to draw such inferences as they think proper from the evidence, and on that basis to ask themselves whether they feel sure that at the material time the defendant had the requisite intent. [Emphasis added.]

36 *Sheehan's dicta* has been approved of and applied in the subsequent English cases of *R. v. Pordage*, [1975] Crim. L.R. 575 (C.A.); *Garlick* (1980), 72 Cr. App. R. 291 (C.A.), at pp. 293-94, and *R. v. Davies*, [1991] Crim. L.R. 469 (C.A.). See too Smith and Hogan, *Criminal Law* (7th ed. 1992), at pp. 221-23, and Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 468.

37 In New Zealand, the proper direction to give to a jury was discussed by McCarthy P. in *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610 (C.A.), at p. 616:

Drunkenness is not a defence of itself. Its true relevance by way of defence, so it seems to us, is that when a jury is deciding whether an accused has the intention or recklessness required by the charge, they must regard all the evidence, including evidence as to the accused's drunken state, drawing such inferences from the evidence as appears proper in the circumstances. It is the fact of intent rather than the capacity for intent which must be the subject matter of the inquiry. [Emphasis added.]

See too *R. v. Hart*, [1986] 2 N.Z.L.R. 408 (C.A.), at p. 414, and *R. v. Tihi*, [1990] 1 N.Z.L.R. 540 (C.A.), at p. 546.

38 The same result has been reached in Australia as evidenced in the following passage from the decision of the High Court of Australia in *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88, where Gibbs J. held at p. 111:

It would be contrary to fundamental principle to hold that evidence of intoxication not amounting to incapacity is irrelevant to criminal responsibility where the commission of the crime requires a special intent. In the case of such a crime the issue is not whether the accused

mée par une personne ivre n'en demeure pas moins une intention.

Deuxièmement, et sous cette réserve, le jury devrait simplement recevoir comme directive de prendre en considération toute la preuve, y compris celle relative aux consommations, d'en tirer toutes les conclusions qu'il croit appropriées, et à partir de là, de se demander s'il est certain que l'accusé avait l'intention requise au moment pertinent. [Je souligne.]

L'opinion incidente exprimée dans l'arrêt *Sheehan* a été approuvée et suivie dans les arrêts anglais *R. c. Pordage*, [1975] Crim. L.R. 575 (C.A.), *Garlick* (1980), 72 Cr. App. R. 291 (C.A.), aux pp. 293 et 294, et *R. c. Davies*, [1991] Crim. L.R. 469 (C.A.). Voir aussi Smith et Hogan, *Criminal Law* (7^e éd. 1992), aux pp. 221 à 223, et Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), à la p. 468.

En Nouvelle-Zélande, le président McCarthy a examiné, dans l'arrêt *R. c. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610 (C.A.), à la p. 616, la question des directives qu'il convient de donner à un jury:

[TRADUCTION] L'ivresse n'est pas un moyen de défense en soi. Sa véritable pertinence comme moyen de défense est, nous semble-t-il, celle qu'elle acquiert lorsque pour décider si un accusé a l'intention ou l'indifférence requise par les directives, un jury doit prendre en considération toute la preuve, y compris celle relative à l'état d'ébriété de l'accusé, et en tirer toutes les conclusions qui paraissent appropriées dans les circonstances. C'est le fait de l'intention plutôt que la capacité de former l'intention qui doit être l'objet de l'examen. [Je souligne.]

Voir aussi les arrêts *R. c. Hart*, [1986] 2 N.Z.L.R. 408 (C.A.), à la p. 414, et *R. c. Tihi*, [1990] 1 N.Z.L.R. 540 (C.A.), à la p. 546.

On est arrivé à la même conclusion en Australie, comme en fait foi le passage suivant tiré de l'arrêt de la Haute Cour d'Australie *Viro c. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88, où le juge Gibbs affirme, à la p. 111:

[TRADUCTION] Il serait contraire à un principe fondamental de statuer que la preuve d'un état d'intoxication qui n'engendre pas une incapacité n'est pas pertinente quant à la responsabilité criminelle dans le cas où la perpétration du crime exige une intention spécifique. Dans

was incapable of forming the requisite intent, but whether he had in fact formed it. The Crown must prove beyond reasonable doubt that the accused actually formed the special intent necessary to constitute the crime. If no more were proved than that the accused was capable of forming such intent, the case for the prosecution would not have been established. Proof of capacity will not be elevated to proof of intent by the operation of a presumption that a man intends the natural consequences of his acts. [Emphasis added.]

(d) Academic Commentary

Most of the academic commentary in Canada also favours abandoning the *Beard* rules. Professor Colvin is in favour of nailing the *Beard* coffin shut for the following reasons (*Principles of Criminal Law* (1986), at p. 262):

It is submitted that the better view is that the intoxication defence simply involves the negation of a mental element. The negation is accomplished by offering evidence of mental impairment in order to rebut the presumption of normal mental capacity and thereby defeat the inferences which would otherwise be drawn on the basis of that presumption. It is not, however, necessary that the evidence indicate an incapacity to form some mental element. This view is supported by the greater weight of contemporary authority in the common law world and by the overwhelming preponderance of authorities in which the issue has been carefully examined. It is also more compatible with ordinary principles of criminal culpability and with contemporary approaches to fact finding. The contrary view developed in an era when the fact finding process depended heavily on a rigid presumption that the natural consequences of acts are intended. Proposition (3) in *Beard* appears to suggest that only evidence of incapacity to form an intention can rebut this presumption. The more flexible approach to fact finding in modern times has allowed the inquiry to focus on what proposition (2) in *Beard* identified as the true substantive issue: the accused's actual state of mind with respect to the conduct.

See too Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at pp. 393-94; S. H.

le cas d'un tel crime, la question n'est pas de savoir si l'accusé était incapable de former l'intention requise, mais plutôt de savoir s'il l'avait formée en fait. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a véritablement formé l'intention spécifique nécessaire pour commettre le crime. Si l'on a seulement prouvé, sans plus, que l'accusé était capable de former cette intention, le ministère public n'a pas satisfait à l'exigence de preuve. La preuve de la capacité n'est pas élevée au rang de preuve d'intention en vertu de la présomption qu'un homme veut les conséquences naturelles de ses actes. [Je souligne.]

d) La doctrine

Au Canada, la plupart des auteurs de doctrine préconisent aussi l'abandon des règles de l'arrêt *Beard*. Le professeur Colvin est en faveur d'abandonner une fois pour toutes l'arrêt *Beard* pour les raisons suivantes (*Principles of Criminal Law* (1986), à la p. 262):

[TRADUCTION] On fait valoir qu'il vaut mieux considérer que la défense d'intoxication implique simplement la négation d'un élément moral. Cette négation est réalisée au moyen d'une preuve de déficience intellectuelle visant à réfuter la présomption de capacité mentale normale et ainsi à contrecarrer les déductions qui pourraient par ailleurs être faites à partir de cette présomption. Il n'est toutefois pas nécessaire que la preuve indique l'incapacité de former quelque élément moral. Ce point de vue est étayé par la majeure partie de la jurisprudence et de la doctrine contemporaines des pays de common law et par la très grande majorité des précédents et des articles de doctrine dans lesquels la question a été soigneusement examinée. Il est aussi davantage compatible avec les principes ordinaires de la culpabilité criminelle et avec les façons contemporaines d'aborder la recherche des faits. Le point de vue opposé s'est développé à une époque où le processus de recherche des faits reposait fortement sur une présomption stricte que les conséquences naturelles d'un acte sont voulues. La troisième proposition de l'arrêt *Beard* semble laisser entendre que seule la preuve de l'incapacité de former l'intention peut permettre de réfuter cette présomption. La façon contemporaine plus souple d'aborder la recherche des faits permet de faire porter l'examen sur ce que la deuxième proposition de l'arrêt *Beard* décrit comme étant la vraie question de fond: l'état d'esprit véritable de l'accusé relativement à la conduite adoptée.

Voir aussi Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 393 et 394; S. H.

Berner, *supra*, at pp. 324-30; Alan D. Gold, "An Untrimmed 'Beard': The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge" (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 34, at pp. 40-51; Eric Colvin, "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 750, at pp. 773-77, and "Codification and Reform of the Intoxication Defence" (1983), 26 *Crim. L.Q.* 43, at pp. 50-52; Patrick Healy, "R. v. Bernard: Difficulties with Voluntary Intoxication" (1990), 35 *McGill L.J.* 610, at pp. 615-18.

(e) The Charter

40 It is my opinion that the *Beard* rules incorporated in *MacAskill* are inconsistent with our *Charter*. They violate ss. 7 and 11(d) because they create a form of constructive liability that was outlawed in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, and its progeny. As Professor Stuart notes in *Canadian Criminal Law, supra*, at p. 393:

Taken literally the second *Beard* rule may lead to the startling result that the Crown does not have to prove beyond reasonable doubt the essential element of intent, but merely that the accused had the capacity to form the intent. Gold points out that in this way *Beard* imposes constructive liability in the case of specific intent offences.

41 The *Beard* rules put an accused in jeopardy of being convicted despite the fact that a reasonable doubt could exist in the minds of the jurors on the issue of actual intent. Under these rules, if the jury is satisfied that the accused's voluntary intoxication did not render the accused incapable of forming the intent, then they would be compelled to convict despite the fact that the evidence of intoxication raised a reasonable doubt as to whether the accused possessed the requisite intent. *MacAskill* precludes the jury from acting on that reasonable doubt and therefore the *Beard* rules violate ss. 7 and 11(d).

42 Having reached the conclusion that the *Beard* rules are a restriction on an accused's legal rights,

Berner, *loc. cit.*, aux pp. 324 à 330; Alan D. Gold, «An Untrimmed «Beard»: The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge» (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 34, aux pp. 40 à 51; Eric Colvin, «A Theory of the Intoxication Defence» (1981), 59 *R. du B. can.* 750, aux pp. 773 à 777, et «Codification and Reform of the Intoxication Defence» (1983), 26 *Crim. L.Q.* 43, aux pp. 50 à 52; Patrick Healy, «R. v. Bernard: Difficulties with Voluntary Intoxication» (1990), 35 *R.D. McGill* 610, aux pp. 615 à 618.

e) La Charte

Je suis d'avis que les règles de l'arrêt *Beard* incorporées dans l'arrêt *MacAskill* sont incompatibles avec notre *Charte*. Elles violent l'art. 7 et l'al. 11d) parce qu'elles créent une forme de responsabilité par imputation qui a été déclarée illégale dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, et les arrêts qui l'ont suivi. Comme le fait remarquer le professeur Stuart, dans *Canadian Criminal Law, op. cit.*, à la p. 393:

[TRADUCTION] Interprétée littéralement, la deuxième règle de l'arrêt *Beard* peut mener à la conclusion surprenante que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable non pas l'élément d'intention essentiel, mais simplement que l'accusé avait la capacité de former l'intention. Gold fait remarquer que, de cette façon, l'arrêt *Beard* impose une responsabilité par imputation dans le cas d'infractions exigeant une intention spécifique.

Les règles de l'arrêt *Beard* exposent un accusé au risque d'être déclaré coupable malgré que les jurés aient un doute raisonnable sur la question de l'intention véritable. Selon ces règles, si le jury était convaincu que l'intoxication volontaire de l'accusé ne l'a pas rendu incapable de former l'intention, il serait alors forcé de le déclarer coupable même si la preuve d'intoxication suscitait un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait l'intention requise. L'arrêt *MacAskill* empêche le jury de donner suite à ce doute raisonnable et les règles de l'arrêt *Beard* violent donc l'art. 7 et l'al. 11d).

Vu notre conclusion que les règles de l'arrêt *Beard* apportent une restriction à des garanties juri-

we must next assess whether the restriction constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Since we are dealing with a judge made rule rather than with a legislative enactment, I am of the view that a strict application of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), and in particular of the proportionality prong of that test, is appropriate. While decisions of our legislatures may be entitled to judicial deference under s. 1 as a matter of policy, such deference is not required where we are being asked to review a law that we as judges have established.

There is no question that the protection of the public from intoxicated offenders is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. I am also of the view that there is a rational connection between the "capacity" restriction of the defence contained in the impugned common law rule and its objective.

However, in my opinion the restriction fails the proportionality prong because it does not impair an accused's ss. 7 and 11(d) rights as little as is reasonably possible. In the case at bar, there is more than minimal impairment of ss. 7 and 11(d) because the *Beard* rules lead to the result that all accused persons who had the capacity to form the requisite intent will be unable to rely on their state of intoxication despite the fact that that state might create a reasonable doubt in the minds of the triers of fact as to whether the accused actually intended to kill or cause bodily harm with subjective foresight of death. The objective of protecting society can be met by ensuring that only those who have the necessary blameworthy intent be imprisoned rather than through the creation of rule which threatens to cast the criminal net too far. It is also important to point out in this context that society is also protected because the defence is one of mitigation rather than of exculpation. In other words, even if the defence is successful, the accused will

diques d'un accusé, nous devons ensuite nous demander si cette restriction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Étant donné que nous avons affaire ici à une règle prétorienne plutôt qu'à une mesure législative, je suis d'avis qu'il convient d'appliquer strictement le critère de l'arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) et, en particulier, le volet de ce critère qui concerne la proportionnalité. Bien qu'en principe les décisions de nos législatures puissent avoir droit à la retenue judiciaire en vertu de l'article premier, cette retenue n'est pas nécessaire lorsqu'on nous demande d'examiner une règle que nous avons établie en notre qualité de juges.

Il ne fait aucun doute que la protection du public contre les contrevenants en état d'intoxication est d'une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit ou à une liberté protégés par la Constitution. Je suis aussi d'avis qu'il y a un lien rationnel entre la restriction fondée sur la «capacité», qui est imposée au moyen de défense contenu dans la règle de common law contestée, et son objectif.

Cependant, j'estime que la restriction ne satisfait pas au volet de la proportionnalité parce qu'elle ne porte pas atteinte le moins raisonnablement possible aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d). En l'espèce, il y a plus qu'une atteinte minimale à l'art. 7 et à l'al. 11d) parce que les règles de l'arrêt *Beard* font en sorte que tout accusé qui avait la capacité de former l'intention requise sera incapable d'invoquer son état d'intoxication même si cet état est susceptible de susciter un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à savoir si l'accusé a vraiment voulu tuer ou causer des lésions corporelles en prévoyant subjectivement la mort. L'objectif de protection de la société peut être atteint en assurant que seuls ceux qui ont l'intention répréhensible nécessaire seront emprisonnés, plutôt que par la création d'une règle qui risque d'avoir une portée trop large. Il est également important de souligner, dans ce contexte, que la société est aussi protégée, parce qu'il est question d'une défense d'atténuation et non d'une

43

44

nonetheless be convicted of manslaughter which carries a maximum sentence of life imprisonment.

45 I therefore conclude that the common law rule which limits the defence of intoxication to the capacity of an accused to form the specific intent is contrary to ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and not a reasonable limit under s. 1.

46 Consequently, I am of the view, particularly giving due consideration to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, that there are, to quote Dickson C.J. "compelling circumstances to justify" overruling this Court's decision in *MacAskill* concerning the relationship between intoxication and intent.

(iv) *What New Rule Should Replace MacAskill?*

47 Having reached the conclusion that the *Beard* rules are constitutionally infirm and that therefore *MacAskill* should now be overruled, we need to determine what new common law rule should be put in its place. It is our duty as judges to ensure that the common law develops in a manner consistent with the supreme law of our country. See *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

48 How then should juries be instructed on the use they can make of evidence of intoxication? I am of the view that before a trial judge is required by law to charge the jury on intoxication, he or she must be satisfied that the effect of the intoxication was such that its effect might have impaired the accused's foresight of consequences sufficiently to raise a reasonable doubt. Once a judge is satisfied that this threshold is met, he or she must then make it clear to the jury that the issue before them is whether the Crown has satisfied them beyond a reasonable doubt that the accused had the requisite intent. In the case of murder the issue is whether

défense de disculpation. En d'autres termes, même si le moyen de défense est retenu, l'accusé sera néanmoins déclaré coupable d'homicide involontaire et passible d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité.

Je conclus donc que la règle de common law qui restreint la défense d'intoxication à la capacité de l'accusé de former l'intention spécifique contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et n'est pas une limite raisonnable au sens de l'article premier.

En conséquence, je suis d'avis, compte tenu particulièrement de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, qu'il y a, pour emprunter l'expression du juge en chef Dickson, «des circonstances impérieuses [qui] justifie[nt]» notre Cour de renverser son arrêt *MacAskill* en ce qui concerne le lien entre l'intoxication et l'intention.

(iv) *Quelle nouvelle règle devrait remplacer l'arrêt MacAskill?*

Ayant conclu que les règles de l'arrêt *Beard* sont inconstitutionnelles et que le moment est venu de renverser l'arrêt *MacAskill*, nous devons déterminer quelle règle de common law devrait le remplacer. Il nous incombe, en tant que juges, de nous assurer que la common law évolue d'une manière compatible avec la loi suprême de notre pays. Voir les arrêts *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Quelles directives devraient alors être données aux jurys quant à l'utilisation qu'ils peuvent faire d'une preuve d'intoxication. Je suis d'avis que, pour que le juge du procès soit tenu en droit de donner au jury des directives sur l'intoxication, il doit être convaincu que l'intoxication a eu un effet qui pourrait avoir vicié la prévision des conséquences par l'accusé d'une manière suffisante pour susciter un doute raisonnable. Une fois qu'un juge est convaincu que l'on a satisfait à ce critère préliminaire, il doit alors indiquer clairement au jury que la question à trancher est de savoir si le ministère public l'a convaincu hors de tout doute raison-

the accused intended to kill or cause bodily harm with the foresight that the likely consequence was death.

Therefore, a *Canute*-type charge is a useful model for trial judges to follow as it omits any reference to "capacity" or "capability" and focuses the jury on the question of "intent in fact". In most murder cases, the focus for the trier of fact will be on the foreseeability prong of s. 229(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that is, on determining whether the accused foresaw that his or her actions were likely to cause the death of the victim. For example, consider the case where an accused and another individual engage in a fight outside a bar. During the fight, the accused pins the other individual to the ground and delivers a kick to the head, which kills that person. In that type of a case, the jury will likely struggle, assuming they reject any self-defence or provocation claim, with the question of whether that accused foresaw that his or her actions would likely cause the death of the other individual. At this level of inquiry, the need for the jury to consider issues of capacity will rarely arise since a level of impairment falling short of incapacity will often be sufficient to raise a reasonable doubt on the question of foreseeability.

In these types of murder prosecutions, the evidence of intoxication usually consists of witnesses testifying as to the quantity of alcohol consumed by the accused, his or her appearance (i.e., slurred speech or bloodshot eyes), and sometimes evidence of the accused as to his or her mental state. This evidence is usually offered by the defence not in isolation but along with other relevant evidence to be considered in relation to the question of whether the accused knew the likely consequences of his or her acts.

Those who would favour a two-stage charge even in these types of cases argue that such a charge is necessary in order to put in context for the jury the evidence of experts who often testify

nable que l'accusé avait l'intention requise. Dans une affaire de meurtre, il s'agit de savoir si l'accusé avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles, en prévoyant que la mort s'en suivrait probablement.

Par conséquent, les directives de type *Canute* sont un modèle utile que les juges du procès pourront suivre parce qu'elles ne mentionnent pas la «capacité» et attirent l'attention du jury sur la question de l'«intention de fait». Dans la plupart des affaires de meurtre, le juge des faits se concentre sur le volet «prévisibilité» du sous-al. 229a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'accusé a prévu que ses actes seraient de nature à causer la mort de la victime. Par exemple, prenons le cas où l'accusé et une autre personne se bagarrent à l'extérieur d'un bar. Au cours de la bagarre, l'accusé jette l'autre personne par terre et lui assène un coup de pied mortel à la tête. Dans ce type d'affaire, le jury, en supposant qu'il rejettera toute allégation de légitime défense ou de provocation, sera vraisemblablement aux prises avec la question de savoir si l'accusé a prévu que ses actes seraient de nature à causer la mort de l'autre personne. À ce stade, le jury aura rarement besoin de prendre en considération des questions de capacité, car un niveau de facultés affaiblies qui ne permet pas d'établir l'incapacité sera souvent suffisant pour susciter un doute raisonnable relativement à la question de la prévisibilité.

Dans ces types de poursuites pour meurtre, la preuve d'intoxication consiste habituellement en des témoignages sur la quantité d'alcool consommée par l'accusé et sur son apparence (par exemple, troubles d'élocution ou yeux injectés de sang), et, parfois, en une preuve quant à l'état d'esprit de l'accusé. La défense présente habituellement cette preuve non pas isolément, mais avec d'autres éléments de preuve pertinents quant à savoir si l'accusé connaissait les conséquences probables de ses actes.

Ceux qui préconiseraient un exposé en deux temps même dans ces types de cas font valoir qu'un tel exposé est nécessaire afin de situer dans son contexte, à l'intention du jury, la preuve d'ex-

49

50

51

in “capacity” terms. While it is true that experts will testify in terms of the effect of alcohol or other intoxicants on capacity if so questioned, this need not always be the case. We could simply have experts only testify about such things as the effects of alcohol on the functioning of the brain. Experts could also testify by way of a hypothetical and be asked whether in their opinion, taking into consideration all of the relevant facts, the hypothetical person would have foreseen that his or her actions would likely cause death.

52

I should not want to be taken as suggesting that reference to “capacity” as part of a two-step procedure will never be appropriate in a charge to the jury. Indeed, in cases where the only question is whether the accused intended to kill the victim (s. 229(a)(i) of the *Code*), while the accused is entitled to rely on any evidence of intoxication to argue that he or she lacked the requisite intent and is entitled to receive such an instruction from the trial judge (assuming of course that there is an “air of reality” to the defence), it is my opinion that intoxication short of incapacity will in most cases rarely raise a reasonable doubt in the minds of jurors. For example, in a case where an accused points a shotgun within a few inches of someone’s head and pulls the trigger, it is difficult to conceive of a successful intoxication defence unless the jury is satisfied that the accused was so drunk that he or she was not capable of forming an intent to kill. It is in these types of cases where it may be appropriate for trial judges to use a two-step *MacKinlay*-type charge. In addition, I suspect that most accused will want the trial judge to refer to capacity since his or her defence will likely be one of incapacity.

53

Furthermore, there may well be some other cases where a two-step charge will be helpful to the jury, for example, where there has been expert

pert qui fait souvent référence à la «capacité». Bien qu’il soit exact que les experts parleront, dans leur témoignage, de l’effet de l’alcool ou d’autres substances intoxicantes sur la capacité, si on leur demande de le faire, cela ne veut pas dire qu’il doit toujours en être ainsi. Nous pourrions simplement faire témoigner des experts uniquement sur des sujets comme l’effet de l’alcool sur le fonctionnement du cerveau. On pourrait aussi soumettre une hypothèse aux experts et leur demander si, à leur avis, compte tenu de tous les faits pertinents, la personne hypothétique aurait prévu que ses actes seraient de nature à causer la mort.

Je ne voudrais pas que l’on interprète mes propos comme donnant à entendre qu’il ne sera jamais approprié de mentionner la «capacité», en tant que partie d’un processus en deux temps, dans un exposé au jury. En fait, dans les cas où il s’agit seulement de savoir si l’accusé a voulu tuer la victime (sous-al. 229a)(i) du *Code*), bien que l’accusé ait le droit d’invoquer toute preuve d’intoxication pour faire valoir qu’il n’avait pas l’intention requise, et qu’il ait droit à ce que le juge du procès donne une directive en ce sens (en supposant bien sûr que le moyen de défense est vraisemblable), je suis d’avis que, dans la plupart des cas, l’intoxication qui n’est pas suffisante pour engendrer une incapacité fera rarement naître un doute raisonnable dans l’esprit du jury. Par exemple, dans le cas où un accusé pointe un fusil de chasse à quelques pouces de la tête de quelqu’un et appuie sur la gâchette, il est difficile de concevoir comment l’intoxication peut être invoquée avec succès comme moyen de défense, à moins que le jury ne soit convaincu que l’accusé était ivre au point d’être incapable de former l’intention de tuer. C’est dans ces types d’affaires qu’il peut être approprié pour le juge du procès de recourir à l’exposé en deux temps de type *MacKinlay*. De plus, j’ai le sentiment que la plupart des accusés voudront que le juge du procès mentionne la capacité, étant donné qu’ils invoqueront probablement l’incapacité comme moyen de défense.

En outre, il peut bien y avoir d’autres cas où un exposé en deux temps sera utile au jury, par exemple, lorsqu’une preuve d’expert a été présen-

evidence concerning issues of capacity, where the evidence reveals that the accused consumed a considerable amount of alcohol or where the accused specifically requests a "capacity" charge as part of his or her defence. If a two-step charge is used and the charge is later challenged on appeal, the role of an appellate court will be to review the charge and determine whether there is a reasonable possibility that the jury may have been misled into believing that a determination of capacity was the only relevant inquiry.

It may be of some assistance to summarize my conclusions in the following manner:

1. A *MacAskill* charge which only refers to capacity is constitutionally infirm and constitutes reversible error;
2. A *Canute*-type charge which only asks the jury to consider whether the evidence of intoxication, along with all of the other evidence in the case, impacted on whether the accused possessed the requisite specific intent is to be preferred for the reasons set out at paras. 49-51;
3. In certain cases, in light of the particular facts of the case and/or in light of the expert evidence called, it may be appropriate to charge both with regard to the capacity to form the requisite intent and with regard to the need to determine in all the circumstances whether the requisite intent was in fact formed by the accused. In these circumstances a jury might be instructed that their overall duty is to determine whether or not the accused possessed the requisite intent for the crime. If on the basis of the expert evidence the jury is left with a reasonable doubt as to whether, as a result of the consumption of alcohol, the accused had the capacity to form the requisite intent then that ends the inquiry and the accused must be acquitted of the offence and consideration must then be given to any included lesser offences. However, if the jury is not left in a reasonable doubt as a result of the expert evidence as to the capacity

tée sur des questions de capacité, lorsque la preuve révèle que l'accusé a consommé une quantité considérable d'alcool ou lorsque l'accusé demande expressément, dans le cadre de sa défense, que des directives soient données sur la question de la «capacité». Si un exposé en deux temps est fait et qu'il est par la suite contesté en appel, il appartient à la cour d'appel de l'examiner et de déterminer s'il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été erronément amené à croire que la seule question pertinente sur laquelle il devrait se prononcer était la capacité.

Il peut être utile de résumer mes conclusions de la façon suivante:

1. Des directives de type *MacAskill* qui ne mentionnent que la capacité sont inconstitutionnelles et constituent une erreur justifiant annulation.
2. Pour les motifs exposés aux par. 49 à 51, il est préférable de donner des directives de type *Canute* qui demandent seulement au jury de déterminer si la preuve d'intoxication et tous les autres éléments de preuve déposés en l'espèce ont eu une incidence sur la question de savoir si l'accusé possédait l'intention spécifique requise.
3. Dans certains cas, à la lumière des faits particuliers de l'affaire ou à la lumière de la preuve d'expert déposée, ou des deux à la fois, il peut être approprié de donner des directives à la fois en ce qui concerne la capacité de former l'intention requise et en ce qui concerne la nécessité de déterminer, compte tenu de toutes les circonstances, si l'accusé a effectivement formé l'intention requise. Dans ces circonstances, on pourrait dire au jury que sa tâche globale consiste à déterminer si l'accusé possédait ou non l'intention requise pour commettre le crime. Si, compte tenu de la preuve d'expert, le jury conserve un doute raisonnable quant à savoir si, par suite de la consommation d'alcool, l'accusé avait la capacité de former l'intention requise, cela met fin à l'examen et l'accusé doit être acquitté de l'infraction reprochée; l'examen doit ensuite porter sur les infractions incluses moins graves. Cependant, si, à la suite de la

to form the intent then of course they must consider and take into account all the surrounding circumstances and the evidence pertaining to those circumstances in determining whether or not the accused possessed the requisite intent for the offence.

4. If a two-step charge is used with “capacity” and “capability” type language and the charge is the subject of an appeal, then a determination will have to be made by appellate courts on a case by case basis of whether there is a reasonable possibility that the jury may have been misled into believing that a determination of capacity was the only relevant inquiry. The following factors, not intended to be exhaustive, should be considered:

- (a) the number of times that reference to capacity is used;
- (b) the number of times that reference to the real inquiry of actual intent is used;
- (c) whether there is an additional “incapacity” defence;
- (d) the nature of the expert evidence (i.e., whether the expert’s evidence relates to the issue of capacity rather than on the effect of alcohol on the brain);
- (e) the extent of the intoxication evidence;
- (f) whether the defence requested that references to “capacity” be used in the charge to the jury;
- (g) whether during a two-step charge it was made clear that the primary function of the jury was to determine whether they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused possessed the requisite intent to commit the crime. If this is emphasized during the course of the two-step charge, that will often be sufficient to make the charge acceptable and appropriate in this respect.

IV. Application of the Analysis to this Case

(a) *The Charge on Intoxication*

preuve d’expert, le jury n’a pas de doute raisonnable quant à la capacité de former l’intention, il est évident qu’il doit alors examiner et prendre en considération toutes les circonstances et les éléments de preuve relatifs à ces circonstances pour déterminer si l’accusé possédait ou non l’intention requise pour commettre l’infraction.

4. Si un exposé en deux temps mentionnant la «capacité» est fait, puis contesté en appel, les cours d’appel auront alors à décider, cas par cas, s’il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été erronément amené à croire que la seule question pertinente sur laquelle il devait se prononcer était la capacité. Les facteurs suivants, notamment, devraient être pris en considération:

- a) le nombre de fois que la capacité est mentionnée;
- b) le nombre de fois que la vraie question, celle de l’intention véritable, est mentionnée;
- c) la question de savoir s’il existe un autre moyen de défense fondé sur l’«incapacité»;
- d) la nature de la preuve d’expert (c.-à-d., la preuve d’expert porte-t-elle sur la question de la capacité plutôt que sur l’effet de l’alcool sur le cerveau?);
- e) l’ampleur de la preuve d’intoxication;
- f) la question de savoir si la défense a demandé que la «capacité» soit mentionnée dans les directives au jury;
- g) la question de savoir si, au cours d’un exposé en deux temps, on a clairement expliqué au jury que sa fonction première était de déterminer s’il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l’accusé possédait l’intention requise pour commettre le crime. Si l’exposé en deux temps met l’accent sur ce point, cela sera souvent suffisant pour le rendre acceptable et approprié à cet égard.

IV. Application de l’analyse à la présente affaire

a) *L’exposé sur l’intoxication*

I am of the view that the trial judge's charge to the jury in this case incorrectly instructed them on the relationship between intoxication and intent in fact. The trial judge began his charge as follows:

You must first consider whether the mind of the accused was so affected by his consumption of alcohol that he did not have the ability to form the specific intent to cause death or bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless. [Emphasis added.]

At no time did the trial judge further instruct them that, even if they were satisfied that the appellant had the ability to form the intent, they were then to consider whether he in fact had the intent in light of the evidence of drunkenness. Shortly after referring to the accused's "ability" to form the intent, the trial judge instructed them as follows:

... a person can be too drunk to form the specific intent to cause death or to cause the deceased bodily harm But he may still have sufficient operating mind to form the general intent to do something he knows is wrong [Emphasis added.]

Later he instructed them:

As with all defences, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the defence of intoxication cannot succeed. The accused does not have to prove anything. You will keep in mind three things. If you accept the evidence in support of the defence of intoxication, you must return a verdict of not guilty of second degree murder, but guilty of the included offence of manslaughter.

Now, the evidence here hardly seems to go far enough, though it is a question of fact for a jury, to say that he didn't know the nature and consequences of his act or that it was wrong. That is drunkenness to the state almost of insanity, but not argued by defence here. But it is, as I say, a question of fact. [Emphasis added.]

Je suis d'avis que le juge du procès en l'espèce a donné au jury des directives erronées sur le lien entre l'intoxication et l'intention de fait. Le juge du procès a commencé son exposé de la façon suivante:

[TRADUCTION] Vous devez d'abord vous demander si l'esprit de l'accusé était si affecté par la consommation d'alcool qu'il n'avait pas la capacité de former l'intention spécifique de causer la mort ou des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. [Je souligne.]

En aucun temps, le juge du procès n'a précisé aux jurés que, même s'ils étaient convaincus que l'appelant avait la capacité de former l'intention, ils devaient aussi se demander si, à la lumière de la preuve d'ivresse, il avait effectivement cette intention. Peu après avoir mentionné la «capacité» de l'accusé de former l'intention, le juge du procès leur a dit:

[TRADUCTION] . . . une personne peut être trop ivre pour former l'intention spécifique de causer la mort de la victime ou de lui causer des lésions corporelles [. . .] Cependant, elle peut quand même avoir un état d'esprit suffisamment conscient pour former l'intention générale d'accomplir un acte qui, à sa connaissance, est mal . . . [Je souligne.]

Il a, par la suite, ajouté:

[TRADUCTION] Comme pour tous les moyens de défense, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que la défense d'intoxication ne peut pas être retenue. L'accusé n'a pas à prouver quoi que ce soit. Souvenez-vous de trois choses. Si vous acceptez la preuve à l'appui du moyen de défense d'intoxication, vous devez rendre un verdict de non-culpabilité de meurtre au deuxième degré, mais de culpabilité de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

Maintenant, la preuve en l'espèce ne semble guère aller assez loin, bien que ce soit là une question de fait pour le jury, pour pouvoir dire que l'accusé ne connaissait pas la nature et les conséquences de ses actes, ou que c'était mal. C'est un état d'ivresse voisin de l'aliénation mentale, mais cela n'a pas été invoqué en défense. Mais, c'est, comme je l'ai dit, une question de fait. [Je souligne.]

57

In these passages, the trial judge not only referred again to a capacity threshold but introduced a concept of the “operating mind” as well as part of the threshold test for insanity. This reference was further complicated by his reference to “insanity”. In light of these instructions, the jury would almost certainly have been under the impression that they could only consider evidence of intoxication that was so severe that it created a condition akin to that of insanity. This error particularly prejudiced the respondent in light of the trial judge’s personal assessment that the evidence did not reach that level.

58

The appellant argues that the trial judge did not refer to “capacity”-like language in a repetitive fashion so as to confuse and mislead the jury from their real task of determining intent in fact. While it is true that “capacity” language was not used, the charge left the jury with the impression that there was a threshold test that had to be met before the intoxication evidence became relevant. This impression was aggravated by the fact that the jury did not receive a single instruction from the trial judge that they could consider the evidence of intoxication not on the issue of whether the respondent “had the ability” or whether he was “too drunk”, but more importantly on whether the respondent had the requisite intent in fact. The appellant’s argument also fails when one considers the trial judge’s reference to a state of insanity.

59

I wish also to add that in this case, a charge linking the evidence of intoxication with the issue of intent in fact was particularly important since there was also some, albeit weak, evidence of provocation and self-defence. Thus, while the jury may have rejected each individual defence, they may have had a reasonable doubt about intent had they been instructed that they could still consider the evidence of intoxication, provocation and self-defence cumulatively on that issue. This is commonly known as the “rolled-up” charge. See *R. v.*

Dans ces extraits, le juge du procès a non seulement mentionné de nouveau un critère préliminaire de la capacité, mais il a aussi introduit le concept d’«état d’esprit conscient» comme faisant partie du critère préliminaire applicable à l’aliénation mentale. Cette mention a été davantage compliquée par celle de l’«aliénation mentale». À la lumière de ces directives, le jury a presque sûrement eu l’impression qu’il ne pourrait prendre en considération que la preuve d’un degré d’intoxication élevé au point d’engendrer un état voisin de l’aliénation mentale. Cette erreur a particulièrement porté préjudice à l’intimé, si l’on considère l’opinion que le juge du procès s’était faite, selon laquelle la preuve n’était pas allée jusque-là.

L’appelante fait valoir que le juge du procès n’a pas mentionné, à maintes reprises, des notions s’apparentant à la «capacité», de manière à semer la confusion dans l’esprit du jury et à le détourner de sa véritable tâche qui consiste à déterminer l’intention de fait. Bien qu’il soit exact qu’on n’y ait pas mentionné la «capacité», l’exposé a donné au jury l’impression qu’il y avait un critère préliminaire auquel il fallait satisfaire pour que la preuve d’intoxication devienne pertinente. Cette impression a été accentuée par le fait que le jury n’a pas reçu du juge du procès une seule directive lui précisant qu’il pourrait prendre en considération la preuve d’intoxication non pas pour déterminer si l’intimé «avait la capacité» ou s’il était «trop ivre», mais, ce qui est plus important, pour déterminer si l’intimé avait l’intention de fait requise. L’argument de l’appelante échoue également si l’on tient compte de la mention d’un état d’aliénation mentale par le juge du procès.

Je tiens aussi à ajouter qu’en l’espèce il était particulièrement important qu’une directive rattache la preuve d’intoxication à la question de l’intention de fait, étant donné qu’il y avait aussi, bien que faibles, une preuve de provocation et une preuve de légitime défense. Par conséquent, même si le jury a pu rejeter chacun des moyens de défense séparément, il aurait pu avoir un doute raisonnable au sujet de l’intention si on lui avait dit qu’il pourrait quand même prendre en considération cumulativement les preuves d’intoxication, de

Clow (1985), 44 C.R. (3d) 228 (Ont. C.A.); *R. v. Desveaux* (1986), 51 C.R. (3d) 173 (Ont. C.A.); and *R. v. Nealy* (1986), 54 C.R. (3d) 158 (Ont. C.A.).

I am thus satisfied that there is a reasonable possibility that the trial judge's charge to the jury on the defence of intoxication, when read as a whole, may have misled the jury into believing that a verdict of manslaughter could only have been arrived at if they had a reasonable doubt about whether the respondent had the capacity to form the requisite intent as a result of his drinking.

(b) *The Charge on the "Common-sense Inference"*

The trial judge charged the jury on the common-sense inference as follows:

Now, I should summarize that in the Crown's words there was sufficient operating mind of Mr. Robinson to form the necessary intent to kill or cause grievous bodily harm and knowing that — well, I will paraphrase that, they said that Mr. Robinson had the necessary intent, that is to cause the death or meaning to cause him, Mr. Clark, bodily harm, that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensued or not. The real key here is whether he had that intent and that is for you. In the course of my remarks I said that you might rely on the presumption that sometimes that people have been known to mean the natural and probable consequences of their acts. That is a presumption that need not be followed. It is a permissive one only. It is maybe some help, but the real question is one of subjective foreseeability on the part of Mr. Robinson that he would cause bodily harm that he knows was likely to cause death, and is reckless whether death ensues or not or that he meant to cause death. That's the key issue. It is intent here and if you have reasonable doubt in that, I have told you about the lesser included offence of manslaughter

provocation et de légitime défense relativement à cette question. Il s'agit là de ce qui est habituellement connu sous le nom de directives relatives à la «combinaison» des moyens. Voir *R. c. Clow* (1985), 44 C.R. (3d) 228 (C.A. Ont.), *R. c. Desveaux* (1986), 51 C.R. (3d) 173 (C.A. Ont.), et *R. c. Nealy* (1986), 54 C.R. (3d) 158 (C.A. Ont.).

Je suis donc convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que l'exposé du juge du procès sur la défense d'intoxication ait, dans l'ensemble, amené erronément le jury à croire qu'il ne pouvait rendre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire que s'il avait un doute raisonnable quant à savoir si l'intimé avait la capacité de former l'intention requise après avoir bu comme il l'a fait.

b) *L'exposé sur la «déduction conforme au bon sens»*

Le juge du procès a donné au jury les directives suivantes sur la déduction conforme au bon sens:

[TRADUCTION] Maintenant, j'affirmerais en résumé, pour reprendre les termes utilisés par le ministère public, que M. Robinson avait un état d'esprit suffisamment conscient pour former l'intention nécessaire de tuer ou de causer de graves lésions corporelles, et compte tenu de cela — eh bien, je vais paraphraser — le ministère public a affirmé que M. Robinson avait l'intention nécessaire, c'est-à-dire de causer la mort ou de lui causer, à M. Clark, des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. La clé ici est de savoir s'il avait cette intention, et c'est à vous d'en décider. Dans mes observations, j'ai dit que vous pourriez vous appuyer sur la présomption selon laquelle des gens ont parfois été réputés avoir voulu les conséquences naturelles et probables de leurs actes. Cette présomption ne s'impose pas. Elle crée seulement une faculté. Elle peut être utile jusqu'à un certain point, mais la vraie question est celle de la prévisibilité subjective, de la part de M. Robinson, qu'il causerait des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, alors qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, ou qu'il voulait causer la mort. C'est là la question fondamentale. C'est donc d'intention qu'il s'agit, et si vous avez un doute raisonnable à ce sujet, je vous ai parlé de l'infraction incluse moins grave d'homicide involontaire coupable. . .

60

61

62 While the trial judge incorrectly used the term presumption in discussing the common-sense inference that a sane and sober person intends the natural consequences of his or her actions, I think he made it sufficiently clear to the jury that they were not obligated to follow it. Moreover, when the trial judge first introduced the common-sense inference he did not use the word presumption. Consequently, when this error is read in the context of the charge as a whole, I agree with the appellant that we should find no reversible error on this issue.

63 The respondent's principal argument on this point was that the trial judge failed to discuss the evidence of intoxication when he referred to the common-sense inference. He argued that the "natural flow" approach discussed in *Canute* should have been followed. Under this approach a jury charge should first define the requisite intent and the Crown's obligation to prove it beyond a reasonable doubt. It should then discuss the reasonable common-sense inference that a person intends the natural and probable consequences of his or her acts.

If the defence of intoxication has an evidentiary foundation, it should be explained next so that the jury may then be told they would not be entitled to draw the inference if, after a consideration of the evidence as a whole including that relating to the intoxication of the accused, they are left with a reasonable doubt whether the required intent has been proved by the Crown . . .

(*Canute*, *supra*, at p. 420.)

64 While the majority of the Court of Appeal held that there was no magic to this "natural flow" approach and the fact that a particular sequence was not followed was not necessarily reversible error, they ultimately held that, at the end of the day, the trial judge's failure to provide the jury with a link between the common-sense inference and the evidence of intoxication was in error. In

Bien que le juge du procès ait incorrectement utilisé le terme présomption en parlant de la déduction, conforme au bon sens, qu'une personne saine d'esprit et sobre veut les conséquences naturelles de ses actes, je crois qu'il a assez clairement expliqué au jury qu'il n'était pas tenu de l'appliquer. De plus, lorsque le juge du procès a parlé pour la première fois de la déduction conforme au bon sens, il n'a pas utilisé le mot présomption. Par conséquent, si on situe cette erreur dans le contexte de l'ensemble de l'exposé, je suis d'accord avec l'appelante pour dire que nous ne devrions conclure à l'existence d'aucune erreur justifiant annulation à ce sujet.

L'intimé a principalement fait valoir, sur ce point, que le juge du procès n'a pas parlé de la preuve d'intoxication en mentionnant la déduction conforme au bon sens. Il a soutenu que la méthode de [TRADUCTION] «l'enchaînement naturel» analysée dans l'arrêt *Canute* aurait dû être suivie. Selon cette méthode, l'exposé au jury devrait d'abord définir l'intention requise et l'obligation du ministre public d'en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable. Il devrait ensuite traiter de la déduction conforme au bon sens qu'une personne veut les conséquences naturelles et probables de ses actes:

[TRADUCTION] Si, compte tenu de la preuve, la défense d'intoxication est fondée, elle devrait être ensuite expliquée de façon à pouvoir dire au jury qu'il ne pourrait pas faire cette déduction si, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs à l'intoxication de l'accusé, il conserve un doute raisonnable quant à savoir si l'existence de l'intention requise a été établie [. . .] par le ministère public.

(*Canute*, précité, à la p. 420.)

Bien que la Cour d'appel à la majorité ait statué que cette méthode de l'«enchaînement naturel» n'a rien de magique et que le défaut d'observer une séquence particulière ne constitue pas nécessairement une erreur justifiant annulation, elle a finalement décidé qu'en définitive l'omission du juge du procès d'indiquer au jury un lien entre la déduction conforme au bon sens et la preuve d'intoxication

their opinion, his failure resulted in the jury's not being left with the impression that:

1. the reasonable common-sense inference could be drawn only after an assessment of all of the evidence, including the evidence of intoxication; and,
2. the inference could not be applied if they were left with a reasonable doubt about the appellant's intention.

The respondent correctly argues, in my view, that where there is some evidence of intoxication, a trial judge must link his or her instructions on intoxication with the instructions on the common-sense inference so that the jury is specifically instructed that evidence of intoxication can rebut the inference. In both the model charges set out in *MacKinlay* and *Canute*, this approach is taken. This instruction is critical since in most cases jurors are likely to rely on the inference to find intent. Moreover, if no instruction is given, then a confused jury may see a conflict between the inference and the defence and resolve that conflict in favour of their own evaluation of common sense (see *Korzepa*, at p. 505). Therefore, an instruction which does not link the common-sense inference with the evidence of intoxication constitutes reversible error. In this case, the trial judge's failure to make this linkage constitutes reversible error.

(c) *The Charge on Intent*

In this case, the Crown's theory was one of establishing that the respondent had the specific intent for murder under s. 229(a)(ii) (i.e., "means to cause . . . bodily harm that he knows is likely to cause . . . death, and is reckless whether death ensues or not"). I agree with the respondent that it is likely that the jury would have been most concerned with this issue given the nature of the evidence bearing on it (i.e., the absence of motive to kill, the degree of intoxication, the respondent's

constituait une erreur. À son avis, cette omission n'a pas contribué à donner au jury l'impression que:

1. la déduction conforme au bon sens pourrait être faite seulement après l'appréciation de toute la preuve, y compris celle de l'intoxication, et
2. la déduction ne pourrait pas s'appliquer s'il conservait un doute raisonnable quant à l'intention de l'appelant.

L'intimé allègue, avec raison selon moi, que, lorsqu'il y a une preuve quelconque d'intoxication, le juge du procès doit rattacher ses directives sur l'intoxication à celles sur la déduction conforme au bon sens, de manière à informer expressément le jury que la preuve d'intoxication peut réfuter la déduction. Ce point de vue se retrouve tant dans les directives modèles énoncées dans l'arrêt *MacKinlay* que dans celles énoncées dans l'arrêt *Canute*. Cette directive est cruciale étant donné que, dans la plupart des cas, il est probable que les jurés s'appuieront sur la déduction pour conclure à l'intention. De plus, si cette directive n'est pas donnée, la confusion engendrée dans l'esprit du jury pourra l'amener à percevoir un conflit entre la déduction et le moyen de défense et à résoudre ce conflit en fonction de sa propre évaluation du bon sens (voir l'arrêt *Korzepa*, à la p. 505). Par conséquent, une directive qui ne rattache pas la déduction conforme au bon sens à la preuve d'intoxication constitue une erreur justifiant annulation. En l'espèce, l'omission du juge du procès d'établir ce lien constitue une telle erreur.

c) *L'exposé sur l'intention*

En l'espèce, la thèse du ministère public consistait à établir que l'intimé avait l'intention spécifique de commettre un meurtre, au sens du sous-al. 229a)(ii) (c.-à-d. «l'intention de [. . .] causer des lésions corporelles qu'[il savait] être de nature à causer [l]a mort, et qu'il lui [était] indifférent que la mort s'ensuive ou non»). Je suis d'accord avec l'intimé pour dire que le jury aurait probablement été très préoccupé par cette question, étant donné la nature de la preuve s'y rapportant (c.-à-d.

silence at the time of the killing, and his statement to the police admitting that he stabbed the deceased but thought that the wounds were not serious).

67

In his charge to the jury, the trial judge correctly stated the distinction between the two intents for murder under s. 229 at some points but he also misstated or blurred the distinction at others. In particular, he instructed them at three different occasions:

- [1.] Now, in order to find the accused guilty of murder in this section you must be satisfied beyond a reasonable doubt that the attack either caused his death or caused bodily harm which he knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued or not.
- [2.] The Crown has not suggested that Mr. Robinson planned or deliberated the killing here, but they do say he had the necessary intent to kill or cause bodily harm and knowing it was likely to cause death or was reckless whether death ensued or not.
- [3.] Nonetheless, a person can be too drunk to form the specific intent to cause death or to cause the deceased bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued or not.

In light of the theory of the Crown, the majority of the Court of Appeal held that his charge in this respect was in error.

68

While it was important for the jury to be properly instructed on the intent requirement in s. 229(a)(ii) in light of the evidence and the Crown's theory, I do not think these three sentences would by themselves constitute reversible error. The respondent's complaint with passage (1) is that it omits the phrase means to cause death and means to cause bodily harm. However, that sentence was immediately preceded by the trial judge's reading the actual words of ss. 229(a)(i) and (ii) which include a proper

l'absence de motif de tuer, le degré d'intoxication, le silence de l'intimé au moment de l'homicide et sa déclaration à la police dans laquelle il admet avoir poignardé la victime, mais avoir cru que les blessures n'étaient pas graves).

Dans son exposé au jury, le juge du procès a, à certains égards, correctement énoncé la distinction entre les deux intentions que l'art. 229 prévoit pour le meurtre, mais, il a aussi, à d'autres égards, mal énoncé ou embrouillé cette distinction. À trois reprises, notamment, il a donné comme directives au jury:

[TRADUCTION]

- [1.] Maintenant, pour déclarer l'accusé coupable de meurtre en vertu de cet article, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que l'attaque a causé la mort ou des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.
- [2.] Le ministère public n'a pas laissé entendre que M. Robinson avait planifié ou prémédité l'homicide en l'espèce, mais il affirme qu'il avait l'intention nécessaire pour tuer ou causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, ou qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.
- [3.] Néanmoins, une personne peut être trop ivre pour former l'intention spécifique de causer la mort ou de causer à la victime des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort, alors qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non.

À la lumière de la thèse du ministère public, la Cour d'appel à la majorité a statué que ces directives étaient erronées à cet égard.

Même s'il était important que le jury reçoive des directives appropriées sur l'intention requise au sous-al. 229(a)(ii), en fonction de la preuve et de la thèse du ministère public, je ne pense pas que ces trois phrases constitueraient en soi une erreur justifiant annulation. L'intimé se plaint du fait que la première phrase ne contient pas les mots à l'intention de causer la mort et à l'intention de causer des lésions corporelles. Toutefois, immédiatement avant de prononcer cette phrase, le juge du procès avait lu le texte même des sous-al. 229(a)(i) et (ii),

statement of the intent required under each clause. This sentence was also followed by the words “[t]he next question is how is intent proved? When I refer to the accused meaning to cause death or bodily harm, I refer, of course, to his intention.” I am therefore satisfied that sentence (1) is not misleading when read in context. Sentence (2) improperly uses the word “or” rather than the word “and” in the phrase “knowing it was likely to cause death or was reckless whether death ensued”. However, I am satisfied that this lapse was not misleading since the intent in s. 229(a)(ii) was repeatedly described in conjunctive terms. The complaint about sentence (3) seems to be that the trial judge failed to link the evidence of intoxication to the issue of whether the respondent measured or foresaw the likely consequences of his acts. However, in all fairness to the trial judge, he did at one point state:

You should know from what I have already said that the Crown must prove beyond a reasonable doubt not only that Mr. Robinson intended to cause bodily harm and that he was reckless whether death ensued or not, but despite his intoxication he knew that what he was doing was likely to cause death.

While the trial judge’s charge on this issue contained some lapses and errors, I would not order a new trial on this ground alone. Rather, I view this part of his charge as further aggravating the errors I dealt with earlier in this judgment.

V. Disposition

In my opinion, the appeal should be dismissed. I am not satisfied that at the end of the day, the jury would have adequately understood the issues concerning intoxication and intent or the law and evidence relating to those issues (see *Cooper, supra*, at p. 163).

qui énonce bien l’intention requise en vertu de chaque alinéa. Cette phrase était également suivie des mots [TRADUCTION] «[l]a prochaine question est de savoir comment l’intention est établie? Lorsque je parle de la volonté de l’accusé de causer la mort ou des lésions corporelles, je parle bien sûr de son intention.» Je suis donc convaincu que la première phrase n’induit pas en erreur lorsqu’elle est située dans son contexte. La deuxième phrase utilise incorrectement la conjonction «ou» au lieu de la conjonction «et» dans le passage «savait être de nature à causer la mort, ou qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive». Cependant, je suis convaincu que ce lapsus n’induisait pas en erreur, étant donné que l’intention prévue au sous-al. 229a)(ii) a été, à maintes reprises, décrite de façon conjunctive. Selon la plainte relative à la troisième phrase, il semble que le juge du procès a omis de rattacher la preuve d’intoxication à la question de savoir si l’intimé avait mesuré ou prévu les conséquences probables de ses actes. Toutefois, en toute justice pour le juge du procès, il a affirmé à un moment donné:

[TRADUCTION] Vous devriez savoir, à partir de ce que j’ai déjà dit, que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable non seulement que M. Robinson a voulu causer des lésions corporelles, et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non, mais que, en dépit de son état d’intoxication, il savait que ce qu’il faisait était de nature à causer la mort.

Bien que les directives du juge du procès sur cette question aient comporté quelques erreurs et quelques lapsus, je suis d’avis de ne pas ordonner un nouveau procès pour ce motif seulement. Je considère plutôt que cette partie de ses directives aggrave davantage les erreurs dont j’ai traité précédemment dans les présents motifs.

V. Dispositif

J’estime qu’il y a lieu de rejeter le pourvoi. Je ne suis pas convaincu qu’en définitive le jury aurait bien saisi les questions concernant l’intoxication et l’intention, ou le droit et la preuve se rapportant à ces questions (voir *Cooper*, précité, à la p. 163).

71

The appellant Crown has urged us to apply the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* to cure any errors made in the trial judge's charge to the jury. However, I am of the view that in a case such as this, s. 686(1)(b)(iii) should not be applied since the accused was denied a defence he was entitled to in law. I reach this conclusion as a matter of fairness and logic. In this case, there existed an "air of reality" for the intoxication defence which meant that there was some evidence upon which a properly instructed jury could reasonably have reached a verdict of manslaughter. The respondent was precluded by the trial judge's instructions from having a jury of his peers assess whether, as a result of his intoxication, he did not have the specific intent to kill the deceased. It is not the role of this Court to reweigh the evidence and consider issues of credibility, in this type of a case, in order to determine whether a reasonable jury properly instructed would have reached the same verdict as rendered by the jury.

The following are the reasons delivered by

72

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The facts of this case may be briefly summarized. On January 22, 1991, the respondent killed Clark Hall by repeatedly striking him on the head with a rock and stabbing him three times in the stomach with a bread knife. The respondent admitted to killing Mr. Hall, but claimed that he had acted without intent because he was intoxicated. The evidence revealed that the respondent had been drinking with Mr. Hall and some friends at Mr. Hall's apartment during the evening of January 21 and the morning of January 22, and that the killing occurred when Mr. Hall said something to offend the respondent. After being instructed on provocation, self-defence and intoxication, the jury found the respondent guilty of second-degree murder.

73

The basic issue in this appeal relates to the adequacy of the trial judge's charge to the jury. This appeal also raises the more fundamental question of whether the Court should abandon the tradi-

Le ministère public appelant nous a pressés d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al 686(1)(b)(iii) du *Code* pour corriger les erreurs que comportait l'exposé du juge du procès au jury. Cependant, je suis d'avis que, dans un cas comme la présente affaire, il n'y a pas lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii), étant donné qu'on a refusé à l'accusé un moyen de défense que le droit lui reconnaissait. J'en arrive à cette conclusion pour des motifs d'équité et de logique. En l'espèce, la défense d'intoxication était vraisemblable en ce sens qu'il y avait des éléments de preuve à partir desquels un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu raisonnablement rendre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire. En raison des directives données par le juge du procès, l'intimé n'a pu obtenir qu'un jury composé de ses pairs détermine qu'il n'avait pas, en raison de son état d'intoxication, l'intention spécifique de tuer la victime. Il n'appartient pas à notre Cour, dans ce type d'affaire, de réévaluer la preuve et d'examiner des questions de crédibilité afin de déterminer si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait rendu le même verdict que celui qui a été rendu.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Les faits de la présente affaire peuvent se résumer ainsi. Le 22 janvier 1991, l'intimé a tué Clark Hall en le frappant à la tête à plusieurs reprises avec une pierre et en le poignardant trois fois à l'abdomen au moyen d'un couteau à pain. L'intimé a admis avoir tué M. Hall, mais a prétendu n'en avoir pas eu l'intention parce qu'il était ivre. La preuve a révélé que l'intimé avait bu avec M. Hall et des amis à l'appartement de M. Hall au cours de la soirée du 21 janvier et le matin du 22, et que l'homicide a eu lieu lorsque M. Hall a dit quelque chose d'offensant pour l'intimé. Après avoir reçu des directives sur la provocation, la légitime défense et l'intoxication, le jury a déclaré l'intimé coupable de meurtre au deuxième degré.

La question principale, en l'espèce, concerne l'à-propos de l'exposé du juge du procès au jury. Le présent pourvoi soulève aussi la question plus fondamentale de savoir si la Cour devrait abandon-

tional rule that limits the use of evidence of intoxication by triers of fact where an accused is charged with a specific intent offence.

I have had the advantage of reading the reasons of Chief Justice Lamer, and I disagree with them on three points. First, although I share the Chief Justice's opinion that the traditional rule should be abandoned, I have substantial concerns with the reasons that he invokes to reach that conclusion. Second, I disagree with the Chief Justice's analysis of the requirements of a charge to the jury in cases where there is evidence of intoxication. Finally, I am unable to subscribe to the Chief Justice's assessment of the trial judge's charge in the case at bar. I would allow the Crown's appeal and restore the conviction entered at trial.

I. The Traditional Rule

The Canadian "law of drunkenness" traces its origins to the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479. The principles set out by Birkenhead L.C. in that case have given rise to two common law rules in Canada. First, where an offence can be committed with only "general intent", as opposed to "specific intent", evidence of intoxication may not be considered in the assessment of whether the accused had the requisite intent unless the intoxication was so extreme as to verge upon automatism. This rule was adopted in its present form in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, and is not under review in this appeal. The second rule provides that, even where an offence does require specific intent, evidence of intoxication may not be considered in the assessment of whether the accused had the requisite intent, unless the intoxication resulted in an incapacity to form the requisite intent: *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330. This Court must now decide whether to abolish this second rule by overruling *MacAskill*.

ner la règle traditionnelle qui limite l'utilisation de la preuve d'intoxication par le juge des faits lorsqu'une infraction exigeant une intention spécifique est reprochée à l'accusé.

J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer, et je suis en désaccord avec lui sur trois points. Premièrement, bien que je partage l'opinion du Juge en chef que la règle traditionnelle devrait être abandonnée, j'entretiens de sérieuses réserves quant aux motifs qu'il invoque à l'appui de cette conclusion. Deuxièmement, je ne suis pas d'accord avec l'analyse du Juge en chef en ce qui concerne les exigences d'un exposé au jury là où il y a une preuve d'intoxication. Finalement, je ne puis souscrire à son appréciation de l'exposé du juge du procès au jury en l'espèce. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

I. La règle traditionnelle

Au Canada, le «droit en matière d'ivresse» remonte à l'arrêt de la Chambre des lords *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479. Les principes établis par le lord chancelier Birkenhead dans cet arrêt sont à l'origine de deux règles de common law au Canada. Premièrement, lorsqu'une infraction peut être commise par quelqu'un qui a seulement une «intention générale», par opposition à une «intention spécifique», la preuve d'intoxication ne peut pas être prise en considération pour déterminer si l'accusé avait l'intention requise à moins que son degré d'intoxication n'ait été élevé à ce point qu'il se trouvait dans une condition voisine de l'automatisme. Cette règle a été adoptée sous sa forme actuelle dans l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, et n'est pas remise en question dans le présent pourvoi. La seconde règle veut que, même dans le cas d'une infraction exigeant une intention spécifique, la preuve d'intoxication ne puisse pas être prise en considération pour déterminer si l'accusé avait l'intention requise, à moins que l'intoxication n'ait entraîné une incapacité de former l'intention requise: *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330. Notre Cour doit maintenant décider s'il y a lieu d'abolir cette seconde règle en renversant l'arrêt *MacAskill*.

(a) *Stare decisis*

76 It is beyond doubt that this Court has the power to overrule one of its previous decisions if there are compelling reasons for departing from the principle of *stare decisis*. At the end of the day, I do agree that we must overrule *MacAskill* and replace the common law rule which it incorporates. However, I have serious reservations about the justifications which the Chief Justice offers for the exercise of this exceptional power.

77 The Chief Justice has identified five considerations which, in his view, warrant overruling *MacAskill*: a series of dissenting opinions of Laskin and Dickson C.JJ.; the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; the fact that no provincial appellate Court is currently following *MacAskill*; the situation in England, Australia and New Zealand; and the unanimity of academic opinion in opposition to *MacAskill*.

78 Upon examination, however, many of these considerations are revealed to be less than compelling. For example, the Chief Justice places some emphasis on dissenting opinions in which Dickson C.J. argued in favour of abolishing the dichotomy between general and specific intent offences: *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. However, the position advanced in those cases by Dickson C.J., and supported by Laskin and Lamer C.JJ., has never attracted the support of a majority in this Court. On the contrary, the Court has consistently rejected their position, most recently in *Daviault, supra*. In such circumstances, the position taken on intoxication by the Chief Justice and his two immediate predecessors can hardly provide a compelling reason for overruling *MacAskill*.

79 Similarly, the fact that lower courts have abandoned *MacAskill* is not, in itself, a compelling reason to abolish the rule. In our system of law, lower courts are obliged to follow the decisions of this

a) *Le stare decisis*

Il ne fait aucun doute que notre Cour a le pouvoir de renverser l'un de ses arrêts s'il existe des raisons impérieuses de déroger au principe du *stare decisis*. Tout compte fait, je conviens que nous devons renverser l'arrêt *MacAskill* et remplacer la règle de common law qui y est énoncée. Toutefois, j'ai de sérieuses réserves quant aux motifs que le Juge en chef invoque à l'appui de ce pouvoir exceptionnel.

Le Juge en chef a identifié cinq facteurs qui, selon lui, justifient le renversement de l'arrêt *MacAskill*: une série d'opinions dissidentes des juges en chef Laskin et Dickson, la *Charte canadienne des droits et libertés*, le fait qu'aucune cour d'appel provinciale ne suit actuellement l'arrêt *MacAskill*, la situation en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande, et le fait que la doctrine s'oppose unanimement à l'arrêt *MacAskill*.

À l'examen, cependant, bon nombre de ces facteurs se révèlent moins qu'impérieux. Par exemple, le Juge en chef accorde une certaine importance à des opinions dissidentes dans lesquelles le juge en chef Dickson préconise l'abolition de la dichotomie entre les infractions exigeant une intention générale et celles qui exigent une intention spécifique: *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833. Toutefois, le point de vue préconisé par le juge en chef Dickson dans ces arrêts, et auquel les juges en chef Laskin et Lamer ont souscrit, n'a jamais recueilli l'appui de la Cour à la majorité. Au contraire, la Cour l'a constamment rejeté, et ce, encore tout récemment dans l'arrêt *Daviault*, précité. Dans de telles circonstances, le point de vue que le Juge en chef et ses deux prédécesseurs immédiats ont adopté relativement à l'intoxication ne saurait guère constituer une raison impérieuse de renverser l'arrêt *MacAskill*.

De même, le fait que les tribunaux d'instance inférieure ne suivent plus l'arrêt *MacAskill* n'est pas, en soi, une raison impérieuse d'abolir la règle. Dans notre système de droit, les tribunaux d'ins-

Court and, if they fail to do so, they may be in error.

In my opinion, the *Charter* provides the only compelling reason to reassess *MacAskill*. As we recently held in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, courts must ensure that the common law develops in a manner that is respectful of the rights and values enshrined in the *Charter*. See also *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603, *per* McIntyre J.; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, *per* Lamer C.J. Indeed, the provincial appellate courts that have rejected the rule in *MacAskill* have done so after measuring the rule against ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. This is an exercise that has never been performed by this Court. Consequently, the principle of *stare decisis* does not stand in the way of a re-examination of the rule by this Court in light of the *Charter*.

(b) *Charter Analysis of the Rule in MacAskill*

The constitutional difficulty with the *MacAskill* rule is easily articulated. The rule requires the trier of fact to ignore evidence that may be relevant to the existence of the specific intent element of the offence, with the result that an accused may be convicted even though the evidence may raise a reasonable doubt as to that intent. It follows that the rule infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

As the Chief Justice observes, this conclusion is supported by his ruling in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. However, it flows even more directly from Wilson J.'s opinion in *Bernard*, *supra*, and the decision of this Court in *Daviault*, *supra*. In *Bernard*, Wilson J. expressed the tentative view that s. 11(d) of the *Charter* would be violated if the trier of fact were prevented from considering evidence of intoxication relevant to the existence of the *mens rea* for the offence. Wilson J.'s approach was expressly adopted by the major-

ity inférieure sont tenus de suivre les arrêts de notre Cour et, s'ils ne le font pas, ils peuvent être dans l'erreur.

À mon avis, la *Charte* fournit la seule raison impérieuse de réexaminer l'arrêt *MacAskill*. Comme nous l'avons conclu récemment dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, les tribunaux doivent s'assurer que la common law évolue d'une manière respectueuse des droits et des valeurs protégés par la *Charte*. Voir aussi *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603, le juge McIntyre; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184, le juge L'Heureux-Dubé; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer. En fait, les cours d'appel provinciales qui ont rejeté la règle de l'arrêt *MacAskill* l'ont fait après avoir soupesé la règle en fonction de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, un exercice qui n'a jamais été fait par notre Cour. Par conséquent, le principe du *stare decisis* ne fait pas obstacle à un réexamen de la règle par notre Cour à la lumière de la *Charte*.

b) *Analyse de la règle de l'arrêt MacAskill en fonction de la Charte*

La difficulté constitutionnelle que pose la règle de l'arrêt *MacAskill* s'explique facilement. La règle exige que le juge des faits ne tienne pas compte d'une preuve qui pourrait être pertinente quant à l'existence de l'intention spécifique en tant qu'élément de l'infraction, de sorte qu'un accusé peut être déclaré coupable même si la preuve peut susciter un doute raisonnable quant à cette intention. Il s'ensuit que la règle contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

Comme le note le Juge en chef, cette conclusion prend appui sur sa décision dans *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Toutefois, elle découle encore plus directement des motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Bernard*, précité, et de l'arrêt de notre Cour *Daviault*, précité. Dans l'arrêt *Bernard*, le juge Wilson a formulé l'hypothèse qu'il pourrait y avoir violation de l'al. 11d) de la *Charte* s'il était interdit au juge des faits de prendre en considération une preuve d'intoxication pertinente quant à l'existence de la *mens rea* requise pour commettre l'in-

80

81

82

ity in *Daviault*. In the latter case, the Court specifically held that, by virtue of ss. 7 and 11(d), the trier of fact must be permitted to consider evidence of intoxication, if that evidence is capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the *mens rea* for the offence.

83

At the same time, the Court held in *Daviault* that, for offences of general intent, evidence of intoxication can only be considered in situations of extreme intoxication akin to automatism. This limitation is based on the fundamental distinction between offences of general and specific intent. The category of general intent offences is defined by the fact that such offences require only "the minimal intent which characterizes conscious and volitional conduct": *Bernard, supra, per Wilson J.* at p. 889. A distinguishing feature of such offences is that the *mens rea* is so basic that it will not be affected by intoxication, unless the degree of intoxication is so extreme as to verge on automatism. By definition, specific intent offences do not share this feature. There is no reason to assume that the existence of the *mens rea* required for a specific intent offence might not be affected by intoxication, even if the degree of intoxication falls short of automatism and does not deprive the accused of the capacity to form the specific intent. Consequently, for specific intent offences, the requirements of ss. 7 and 11(d) recognized in *Daviault* mean that the trier of fact should be permitted to consider evidence of intoxication in determining whether the accused actually had the requisite intent.

84

It follows that the *MacAskill* rule runs afoul of ss. 7 and 11(d) because it prevents the trier of fact from considering evidence capable of raising a reasonable doubt as to whether the accused had the specific intent required to commit the offence. The

fraction. Le point de vue du juge Wilson a été expressément adopté par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Daviault*. Dans ce dernier cas, la Cour a précisément statué que, en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d), le juge des faits doit pouvoir prendre en considération la preuve d'intoxication si cette preuve est susceptible de susciter un doute raisonnable quant à l'existence de la *mens rea* requise pour commettre l'infraction.

En même temps, la Cour a statué dans l'arrêt *Daviault* qu'en ce qui concerne les infractions d'intention générale, la preuve d'intoxication ne peut être prise en considération que dans les cas d'intoxication extrême apparentée à l'automatisme. Cette restriction se fonde sur la distinction fondamentale entre les infractions exigeant une intention générale et celles qui exigent une intention spécifique. La catégorie des infractions d'intention générale se définit par le fait que ces infractions ne requièrent que «l'intention minimale qui caractérise un comportement conscient et volontaire»; *Bernard, précité*, le juge Wilson, à la p. 889. Ces infractions sont caractérisées, notamment, par l'existence d'une *mens rea* si élémentaire qu'elle ne sera pas affectée par l'intoxication, à moins que le degré d'intoxication ne soit élevé au point d'engendrer une condition voisine de l'automatisme. Par définition, les infractions d'intention spécifique n'ont pas cette caractéristique. Il n'y a aucune raison de présumer qu'il se pourrait que l'existence de la *mens rea* requise pour commettre une infraction exigeant une intention spécifique ne soit pas affectée par l'intoxication, même si le degré d'intoxication ne va pas jusqu'à provoquer l'automatisme et ne prive pas l'accusé de la capacité de former l'intention spécifique. Par conséquent, dans le cas des infractions d'intention spécifique, l'art. 7 et l'al. 11d) exigent, selon l'arrêt *Daviault*, que le juge des faits puisse tenir compte de la preuve d'intoxication pour déterminer si l'accusé avait effectivement l'intention requise.

Il s'ensuit que la règle de l'arrêt *MacAskill* contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) parce qu'elle empêche le juge des faits de prendre en considération des éléments de preuve susceptibles de susciter un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait

effect of the *MacAskill* rule is that an accused may be convicted of murder even if the evidence raises a reasonable doubt as to the existence of the intent element of the offence.

What, then, should be the fate of *MacAskill*? An extensive body of case law establishes that the common law may impose reasonable limits on *Charter* rights. See, for example, *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 968; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. An excellent illustration of the principle may be found in the Chief Justice's majority reasons in *Dagenais*, *supra*, a case involving the common law power of a trial judge to issue a publication ban. The common law power in question clearly amounted to an authorization to limit the freedom of expression. Nevertheless, the Chief Justice did not hold that the common law power was invalid. Nor did he replace it with a new common law rule which would impose no limits on freedom of expression. Instead, the Chief Justice held, at p. 878, that each publication ban should be subjected to a balancing test "which clearly reflects the substance of the *Oakes* test applicable when assessing legislation under s. 1 of the *Charter*". In other words, the essential inquiry is whether the infringement of rights resulting from the common law rule is a reasonable limit.

Section 1 plays an important role in our constitutional system. More than simply an instruction to courts that they defer to legislatures as a matter of policy, s. 1 of the *Charter* is a recognition that individual rights must be balanced against one another and against important collective goals: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136. This balancing process is not rendered unnecessary simply because the law in question was created by a judge. The analysis under s. 1 need not adhere strictly to the structure set out in *Oakes*. Neverthe-

l'intention spécifique requise pour commettre l'infraction. La règle de l'arrêt *MacAskill* fait en sorte qu'un accusé peut être déclaré coupable de meurtre même si la preuve suscite un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention en tant qu'élément de l'infraction.

Quel devrait-êtré alors le sort de l'arrêt *MacAskill*? Une jurisprudence abondante établit que la common law peut imposer des restrictions raisonnables aux droits garantis par la *Charte*. Voir, par exemple, *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 968; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. On trouve une excellente illustration de ce principe dans les motifs majoritaires du Juge en chef dans l'arrêt *Dagenais*, précité, où il était question du pouvoir que le juge du procès possède en vertu de la common law de rendre une ordonnance de non-publication. Le pouvoir en question constituait clairement une autorisation de restreindre la liberté d'expression. Néanmoins, le Juge en chef n'a pas statué que ce pouvoir de common law était invalide. Il ne l'a pas remplacé non plus par une nouvelle règle de common law qui n'imposerait aucune restriction à la liberté d'expression. Le Juge en chef tient plutôt, à la p. 878, que chaque ordonnance de non-publication devrait être soumise à un critère d'évaluation «qui reflète nettement l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, et utilisé pour juger une disposition législative en vertu de l'article premier de la *Charte*». Autrement dit, l'essentiel est de déterminer si l'atteinte aux droits résultant de la règle de common law constitue une limite raisonnable.

L'article premier joue un rôle important dans notre système constitutionnel. Plus qu'une simple directive adressée aux tribunaux de s'en remettre aux législatures en principe, l'article premier de la *Charte* reconnaît que les droits individuels doivent être évalués les uns par rapport aux autres et par rapport à des objectifs collectifs importants; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136. Ce processus d'évaluation ne devient pas inutile simplement parce que la règle de droit en question a été établie par un juge. L'analyse fondée sur l'article premier

less, the substance of the analysis will undoubtedly be similar, because its purpose, like that of the *Oakes* analysis, is to ascertain whether a particular rule is a justifiable limit on rights.

87

I now turn to the question of whether the rule in *MacAskill* is a reasonable limit on the rights protected in ss. 7 and 11(d). I agree with the Chief Justice's conclusion that the rule is not a reasonable limit. However, I observe that the Chief Justice's analysis departs from the approach taken by Cory J., in *Daviault*, *supra*, in relation to the common law rule excluding evidence of intoxication from consideration in relation to general intent. In that case, Cory J. concluded, at pp. 92-93, that the so-called "*Leary* rule" could not be justified under s. 1, for the following reasons:

The experience of other jurisdictions which have completely abandoned the *Leary* rule, coupled with the fact that under the proposed approach, the defence would be available only in the rarest of cases, demonstrate that there is no urgent policy or pressing objective which need to be addressed. Studies on the relationship between intoxication and crime do not establish any rational link. Finally, as the *Leary* rule applies to all crimes of general intent, it cannot be said to be well tailored to address a particular objective and it would not meet either the proportionality or the minimum impairment requirements.

In my view, Cory J.'s analysis should not be ignored, because similar observations may be made about the rule in *MacAskill* as were made by Cory J. about the rule in *Leary*.

88

For example, provincial appellate courts in at least eight Canadian jurisdictions have, over the last several years, abandoned the *MacAskill* rule in relation to specific intent offences. Like the *Leary* rule, the rule in *MacAskill* has also been abandoned in England, Australia and New Zealand.

n'a pas à respecter rigoureusement le régime énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Néanmoins, il ne fait aucun doute que, substantiellement, l'analyse sera semblable parce que son objectif, comme celui de l'analyse proposée dans l'arrêt *Oakes*, est d'assurer qu'une règle particulière constitue une limite aux droits qui soit justifiable.

Je passe maintenant à la question de savoir si la règle de l'arrêt *MacAskill* est une limite raisonnable aux droits protégés par l'art. 7 et l'al. 11d). Je suis d'accord avec la conclusion du Juge en chef que cette règle ne constitue pas une restriction raisonnable. Toutefois, je remarque que l'analyse du Juge en chef déroge à l'approche adoptée par le juge Cory dans l'arrêt *Daviault*, précité, relativement à la règle de common law qui interdit de prendre en considération la preuve d'intoxication dans un cas d'intention générale. Dans cette affaire, le juge Cory conclut, aux pp. 92 et 93, que ce qu'on appelle la «règle de l'arrêt *Leary*» ne saurait être justifié en vertu de l'article premier pour les raisons suivantes:

L'expérience d'autres ressorts qui ont complètement abandonné la règle de l'arrêt *Leary*, de même que le fait qu'en vertu de la position proposée, ce moyen de défense ne pourrait être invoqué que dans de rarissimes cas, montrent qu'il n'existe aucune politique urgente ni aucun objectif impérieux dont il faut tenir compte. Des études sur la relation entre l'intoxication et le crime n'établissent aucun lien rationnel. Enfin, comme la règle de l'arrêt *Leary* s'applique à tous les crimes d'intention générale, il est impossible de prétendre qu'elle est bien adaptée à la poursuite d'un objectif particulier, ce qui fait qu'elle ne répondrait ni au critère de la proportionnalité ni à celui de l'atteinte minimale.

À mon avis, l'analyse du juge Cory ne devrait pas être mise de côté car il est possible de faire, au sujet de la règle de l'arrêt *MacAskill*, les mêmes observations que celles faites par le juge Cory au sujet de la règle de l'arrêt *Leary*.

Au Canada, par exemple, les cours d'appel d'au moins huit provinces ont, pendant les dernières années, abandonné la règle de l'arrêt *MacAskill* relativement aux infractions d'intention spécifique. À l'instar de la règle de l'arrêt *Leary*, la règle de l'arrêt *MacAskill* a également été abandonnée en

There is no evidence that this case law has had any adverse consequence that might give rise to pressing and substantial concerns. As well, the absence of a convincing causative link between intoxication and violent crime, noted by Cory J. in *Daviault*, *supra*, at pp. 87-88, shows that the rule in *MacAskill* is not rationally connected to the objective of preventing crime. Finally, as the *MacAskill* rule applies to all crimes of specific intent, it cannot be said to be well tailored to address a particular objective. It would, therefore, not meet the proportionality or minimal impairment requirements. In short, the rule in *MacAskill* is not a reasonable limit on the rights guaranteed in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

I conclude that, for offences of specific intent, evidence of intoxication should no longer be subject to a rule requiring that it be considered only if it attains such a degree that it deprives the accused of the capacity to form the specific intent. Evidence of intoxication can be considered with all other evidence in determining whether the accused actually had the specific intent required to constitute the offence.

II. Charge to the Jury

The next step, after concluding that the restrictions in *MacAskill* should be abolished, is to decide what the jury must be told regarding intoxication.

A preliminary issue identified by the Chief Justice relates to the evidentiary threshold. The Chief Justice, at para. 48, would describe the test as follows:

... before a trial judge is required by law to charge the jury on intoxication, he or she must be satisfied that the effect of the intoxication was such that its effect might have impaired the accused's foresight of consequences sufficiently to raise a reasonable doubt. [Emphasis in original.]

Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Rien n'indique que cette jurisprudence ait eu des conséquences fâcheuses susceptibles de donner lieu à des préoccupations urgentes et réelles. De même, l'absence d'un lien de causalité convaincant entre l'intoxication et le crime violent, notée par le juge Cory dans l'arrêt *Daviault*, précité, aux pp. 87 et 88, montre que la règle de l'arrêt *MacAskill* n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de prévention du crime. Enfin, comme la règle de l'arrêt *MacAskill* s'applique à tous les crimes exigeant une intention spécifique, on ne saurait dire qu'elle est bien adaptée à la poursuite d'un objectif particulier. Elle ne satisferait donc ni à l'exigence de proportionnalité ni à l'exigence d'atteinte minimale. Bref, la règle de l'arrêt *MacAskill* ne constitue pas une restriction raisonnable des droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

Je conclus que, pour les infractions exigeant une intention spécifique, la preuve d'intoxication ne devrait plus être soumise à une règle voulant qu'elle ne soit prise en considération que si le degré d'intoxication de l'accusé est élevé au point de le priver de la capacité de former l'intention spécifique. La preuve d'intoxication peut être prise en considération, avec tous les autres éléments de preuve, pour déterminer si l'accusé avait effectivement l'intention spécifique requise pour commettre l'infraction.

II. L'exposé du juge au jury

La prochaine étape, après avoir conclu à l'opportunité d'abolir les restrictions de l'arrêt *MacAskill*, consiste à décider ce qu'il faut dire au jury au sujet de l'intoxication.

Une question préalable énoncée par le Juge en chef a trait au seuil en matière de preuve, qu'il formule de la façon suivante, au par. 48:

... pour que le juge du procès soit tenu en droit de donner au jury des directives sur l'intoxication, il doit être convaincu que l'intoxication a eu un effet qui pourrait avoir vicié la prévision des conséquences par l'accusé d'une manière suffisante pour susciter un doute raisonnable. [Souligné dans l'original.]

89

90

91

I prefer to put the threshold differently, in terms of the required evidentiary basis. Traditionally, the threshold for putting any defence to the jury is whether it has an evidentiary basis on which a reasonable jury might acquit: see *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 682-83, *per* Cory J.; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 11, *per* L'Heureux-Dubé J. for the Court. Therefore, where the accused's defence rests on evidence of intoxication, the question is whether there is sufficient evidence of intoxication that a jury could have a reasonable doubt as to whether the accused had the specific intention, knowledge or foresight required for the offence.

Je préfère formuler différemment ce seuil en ce qui concerne la preuve requise. Traditionnellement, le seuil applicable pour soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury consiste à déterminer si ce moyen de défense est fondé dans les faits au point qu'un jury raisonnable pourrait prononcer un acquittement: voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 682 et 683, le juge Cory; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 11, le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour. Par conséquent, lorsque l'accusé fonde sa défense sur une preuve d'intoxication, il s'agit de déterminer si cette preuve d'intoxication est suffisante pour susciter, dans l'esprit du jury, un doute quant à savoir si l'accusé avait l'intention spécifique, la connaissance ou la prévision requises pour commettre l'infraction.

92 Assuming that the evidence meets this threshold, the next question is how the judge must present the evidence of intoxication to the jury. On this point, there is a disagreement in the provincial appellate courts over whether the charge should refer only to intent (a "one-step" charge), or whether the charge should also mention that intoxication may be relevant to the accused's capacity to form the required intent (a "two-step" charge): see *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (B.C.C.A.), *per* Wood J.A., and *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A.

À supposer que la preuve satisfasse à ce seuil, il faut ensuite se demander comment le juge doit présenter la preuve d'intoxication au jury. Sur ce point, il y a désaccord, au sein des cours d'appel provinciales, sur la question de savoir si l'exposé devrait référer seulement à l'intention requise (un exposé «en un temps»), ou s'il devrait aussi préciser que l'intoxication peut être pertinente relativement à la capacité de l'accusé de former l'intention requise (un exposé «en deux temps»): voir *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (C.A.C.-B.), le juge Wood, et *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A. Ont.), le juge Martin.

93 The Chief Justice prefers a one-step charge, which would omit any reference to capacity. He concedes that the trial judge would not necessarily commit reversible error by referring to capacity or using a two-step charge. However, the Chief Justice adds at para. 53 that if such a charge is used, then an appellate court must ask whether there is a "reasonable possibility that the jury may have been misled into believing that a determination of capacity was the only relevant inquiry" (emphasis in original). The Chief Justice also sets out a number of factors which should be considered in making this determination.

Le Juge en chef préfère un exposé en un temps qui ne ferait aucunement référence à la capacité. Il reconnaît que le juge du procès ne commettrait pas nécessairement une erreur justifiant annulation s'il référerait à la capacité ou s'il recourait à un exposé en deux temps. Toutefois, le Juge en chef ajoute, au par. 53, qu'en présence d'un tel exposé, la cour d'appel doit alors se demander s'il existe une «possibilité raisonnable que le jury ait été erronément amené à croire que la seule question pertinente sur laquelle il devrait se prononcer était la capacité» (souligné dans l'original). Le Juge en chef énonce aussi un certain nombre de facteurs qui devraient être pris en considération en répondant à cette question.

I must take issue at the outset with the Chief Justice's statement of the standard of review. In our law, it is only after an error or ambiguity is identified that the question arises whether there is a reasonable possibility that the jury was misled: see, for example, *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at pp. 246-47; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. By saying that this test should be applied whenever a charge refers to capacity, the Chief Justice is in effect presuming that such a charge is erroneous or ambiguous. This presumption is, of course, unwarranted. As the Chief Justice himself acknowledges, the evidence in a particular case may be sufficient to put the accused's capacity in issue. If this occurs, it cannot be an error to tell the jury that they must acquit the accused if they have a reasonable doubt as to whether the accused had the capacity to form the required intent. Nor is a charge necessarily ambiguous simply because it discusses the issue of capacity. Rather, each charge must be reviewed individually, to ascertain whether it meets the basic requirements of correctness, completeness and clarity. If it does, it cannot be impeached, regardless of whether it contains one step or two.

It is neither necessary nor appropriate for this Court to express a general preference for either form of charge. It goes without saying that the jury charge must not be worded in such a way as to suggest that, once capacity is found, intent should be presumed. Nor should the charge suggest that intoxication cannot be considered in relation to the existence of the required specific intent. However, I see no reason for this Court to hold that, as a general rule, a one-step charge is "preferred". It is equally unwarranted to construct a special test for determining whether references to capacity in a particular jury charge were acceptable, based on minutiae such as the number of times the word "capacity" was used. The Chief Justice appears to be proposing that appellate courts do precisely

Je me dois d'exprimer dès le départ mon désaccord avec ce que le Juge en chef énonce comme norme d'examen. Dans notre droit, ce n'est qu'après qu'une erreur ou une ambiguïté ait été décelée que se pose la question de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur; voir, par exemple, les arrêts, *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, aux pp. 246 et 247; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253. En affirmant que ce test devrait s'appliquer chaque fois qu'un exposé mentionne la capacité, le Juge en chef présume en fait que cet exposé est erroné ou ambigu. Cette présomption est évidemment injustifiée. Comme le Juge en chef lui-même le reconnaît, la preuve peut, dans certaines circonstances, être suffisante pour mettre en question la capacité de l'accusé. Le cas échéant, ce ne saurait être une erreur que de dire au jury qu'il doit acquitter l'accusé s'il a un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait la capacité de former l'intention requise. Un exposé n'est pas non plus nécessairement ambigu du seul fait qu'on y analyse la question de la capacité. Il faut plutôt examiner chaque exposé individuellement pour vérifier s'il satisfait aux exigences fondamentales d'exactitude, d'intégrité et de clarté. S'il satisfait à ces exigences, l'exposé ne peut alors être contesté, peu importe qu'il ait été fait en un temps ou en deux temps.

Il n'est ni nécessaire ni approprié que notre Cour exprime une préférence générale pour l'une ou l'autre forme d'exposé. Il va sans dire que l'exposé au jury ne doit pas être formulé de manière à laisser entendre que, si on conclut à l'existence de capacité, l'intention devrait être présumée. L'exposé ne devrait pas non plus laisser entendre que l'intoxication ne peut pas être prise en considération relativement à l'existence de l'intention spécifique requise. Toutefois, je ne vois aucune raison pour notre Cour de statuer qu'en règle générale un exposé en un temps est «préférable». Il est également injustifié de proposer un test spécial pour déterminer si les références à la capacité dans un exposé au jury étaient acceptables, test basé sur un examen à la loupe de détails comme le nombre de fois qu'on y retrouve le mot «capacité». Le Juge en chef paraît proposer que les cours d'appel fassent précisément ce contre quoi une mise en garde est

what was warned against in *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163:

Directions to the jury need not, as a general rule, be endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism.

The role of an appellate court in reviewing a jury charge is to determine whether the effect of the charge as a whole is to leave the jurors with an adequate understanding of the issues involved, the law relating to the issues, and the evidence they should consider in resolving the issues. Our role is not to express vague disapproval of a form of charge that, in frequent cases, will be perfectly appropriate.

III. Application to this case

96

In reasons written by Rowles J.A. ((1994), 92 C.C.C. (3d) 193), the majority in the Court of Appeal held that the cumulative effect of a number of errors in the charge was to deprive the jury of an adequate understanding of the evidence relating to intoxication and of the *mens rea* for murder. I do not share this opinion. Like Gibbs J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal, I am of the view that most of the errors alleged by the respondent are non-existent, and that the few imperfections that do exist are immaterial. I will deal with each alleged error in turn.

(a) *Proof of Intent and the Common-sense Inference*

(i) Reference to the Common-sense Inference as a "Presumption"

97

In explaining how the Crown might prove intent, the trial judge described the common-sense inference that people intend the natural consequences of their acts. Although he described it once as an "inference", the trial judge also told the jury that they were entitled to "use an objective element such as people being presumed to mean the natural consequences of their acts" (emphasis added). Counsel for the accused later asked the trial judge to explain that the "presumption" was

faite dans l'arrêt *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, à la p. 163:

En règle générale, on ne doit pas sans cesse disséquer les directives au jury, les soumettre à un examen détaillé et les critiquer.

La cour d'appel qui examine un exposé au jury a pour rôle de déterminer si l'exposé, dans son ensemble, a permis au jury d'avoir une compréhension suffisante des questions en litige, du droit qui s'y rapporte et de la preuve qu'il devrait prendre en considération pour résoudre ces questions. Il ne nous appartient pas d'exprimer une vague désapprobation d'une forme d'exposé qui, dans bien des cas, sera parfaitement appropriée.

III. Application à la présente affaire

Dans des motifs rédigés par le juge Rowles ((1994), 92 C.C.C. (3d) 193), la Cour d'appel à la majorité a statué que les nombreuses erreurs commises dans l'exposé avaient, cumulativement, eu pour effet d'empêcher le jury d'avoir une compréhension suffisante de la preuve relative à l'intoxication et de la *mens rea* requise pour le meurtre. Je ne suis pas de cet avis. À l'instar du juge Gibbs, dissident en Cour d'appel, je suis d'avis que la plupart des erreurs alléguées par l'intimé n'existent pas, et que les quelques imperfections qui existent sont sans importance. Je vais examiner à tour de rôle chacune des erreurs alléguées.

a) *La preuve de l'intention et la déduction conforme au bon sens*

(i) La mention de la déduction conforme au bon sens comme étant une «présomption»

En expliquant comment le ministère public pourrait établir l'intention, le juge du procès a parlé de la déduction conforme au bon sens, selon laquelle les gens veulent les conséquences naturelles de leurs actes. Bien qu'il en ait parlé une fois comme étant une «déduction», le juge du procès a aussi dit au jury qu'il avait le droit [TRADUCTION] «d'utiliser un élément objectif comme celui qui consiste à présumer que les gens veulent les conséquences naturelles de leurs actes» (je souligne). L'avocat de l'accusé a, par la suite, demandé au juge du procès d'expliquer que cette «présomp-

optional. The trial judge complied with this request.

On behalf of the majority in the Court of Appeal, Rowles J.A. held that the use of the term “presumption” was an error. I disagree. As the appellant points out, the lay person would not necessarily attribute different meanings to the words “presumption” and “inference”. Consequently, the use of the term “presumption” is not an error if the jury understood that they could conclude, but were not required to conclude that the respondent intended the natural consequences of his acts: *R. v. Crawford* (1970), 1 C.C.C. (2d) 515 (B.C.C.A.). In the case at bar, the charge made it very clear that the “presumption” or “inference” was optional. I conclude that there was no error.

(ii) Failure to Link the Instructions on Proof of Intent with the Instructions on the Evidence of Intoxication

According to Rowles J.A., the trial judge’s discussion of the common-sense inference was lacking because it failed to link the evidence of intoxication to the issue of intention. Even though the trial judge reviewed the evidence of intoxication, his discussion, at p. 212, of the common-sense inference

might well have left the jury without a clear understanding that: (1) the reasonable common sense inference could be drawn only after an assessment of all of the evidence, including the evidence of intoxication, and (2) the inference could not be applied if they were left with a reasonable doubt about the appellant’s intention.

I respectfully disagree with these conclusions. In my opinion, the charge was not deficient in any of the ways alleged.

The trial judge told the jury that the common-sense inference was simply a tool which the jury could use or not use, depending on the other evidence, in determining the central issue of whether the accused had the necessary intent for murder. For example, the trial judge said:

tion» était facultative. Le juge du procès a satisfait à cette demande.

Au nom de la Cour d’appel à la majorité, le juge Rowles a statué que l’utilisation du mot «présomption» était une erreur. Je ne suis pas d’accord. Comme l’appelante le fait remarquer, le profane n’attribuerait pas nécessairement des sens différents aux mots «présomption» et «déduction». Par conséquent, l’utilisation du terme «présomption» n’est pas une erreur si le jury a compris qu’il pouvait conclure, sans être tenu de le faire, que l’intimé avait voulu les conséquences naturelles de ses actes: *R. c. Crawford* (1970), 1 C.C.C. (2d) 515 (C.A.C.-B.). En l’espèce, l’exposé précisait très clairement que la «présomption» ou «déduction» était facultative. Je conclus qu’aucune erreur n’a été commise.

(ii) L’omission de faire le lien entre les directives sur la preuve d’intention et les directives sur la preuve d’intoxication

Selon le juge Rowles, l’analyse par le juge du procès de la déduction conforme au bon sens était déficiente parce qu’on n’y a pas fait le lien entre la preuve d’intoxication et la question de l’intention. Même si le juge du procès a examiné la preuve d’intoxication, l’analyse qu’il fait, à la p. 212, de la déduction conforme au bon sens

[TRADUCTION] pourrait bien ne pas avoir permis au jury de comprendre clairement que: (1) la déduction conforme au bon sens pourrait être faite seulement après l’appréciation de toute la preuve, y compris celle de l’intoxication, et (2) la déduction ne pourrait pas s’appliquer s’il conservait un doute raisonnable quant à l’intention de l’appelant.

En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec ces conclusions. À mon avis, l’exposé ne comportait aucune des déficiences alléguées.

Le juge du procès a dit au jury que la déduction conforme au bon sens n’était qu’un outil qu’il pourrait utiliser ou non, dépendant des autres éléments de preuve, pour résoudre la question centrale de savoir si l’accusé avait l’intention nécessaire pour commettre un meurtre. Par exemple, le juge du procès a affirmé:

98

99

100

Generally, it is a reasonable inference if a person intended the natural consequences of his acts. If a person does something which any reasonable person knows will result in the death of another and if from those acts death does follow, then you might conclude that he intended to kill. So, in the present case if you conclude that the accused did something that any reasonable person would know would result in death, then it is a proposition of common sense that would be evidence from which you could conclude that the accused intended to kill. It is entirely for you to say whether you find those facts. Of course, the conclusion I have discussed with you may in your opinion be contradicted by the evidence.

And, further:

The real key here is whether he had that intent and that is for you. In the course of my remarks I said that you might rely on the presumption that sometimes that people have been known to mean the natural and probable consequences of their acts. That is a presumption that need not be followed. It is a permissive one only. It is maybe some help, but the real question is one of subjective foreseeability on the part of Mr. Robinson that he would cause bodily harm that he knows was likely to cause death, and is reckless whether death ensues or not or that he meant to cause death. That's the key issue. It is intent here and if you have reasonable doubt in that, I have told you about the lesser included offence of manslaughter. . . .

As these excerpts from the charge show, the trial judge put the common-sense inference in its proper perspective and made it clear that the overriding issue was whether the Crown had proved specific intent.

[TRADUCTION] De façon générale, la déduction est raisonnable si quelqu'un a voulu les conséquences naturelles de ses actes. Si une personne accomplit un acte qui, à la connaissance de toute personne raisonnable, causera la mort d'une autre personne, et si la mort s'ensuit effectivement, vous pourriez alors conclure que cette personne a eu l'intention de tuer. Ainsi, en l'espèce, si vous concluiez que l'accusé a accompli un acte qui, à la connaissance de toute personne raisonnable, devait causer la mort, il est conforme au bon sens qu'il y aurait alors preuve à partir de laquelle vous pourriez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer. Il vous appartient entièrement de dire si vous concluez à l'existence de ces faits. Évidemment, vous pouvez juger que la conclusion que j'ai analysée avec vous est contredite par la preuve.

Puis:

[TRADUCTION] La clé ici est de savoir s'il avait cette intention, et c'est à vous d'en décider. Dans mes observations, j'ai dit que vous pourriez vous appuyer sur la présomption selon laquelle des gens ont parfois été réputés avoir voulu les conséquences naturelles et probables de leurs actes. Cette présomption ne s'impose pas. Elle crée seulement une faculté. Elle peut être utile jusqu'à un certain point, mais la vraie question est celle de la prévisibilité subjective, de la part de M. Robinson, qu'il causerait des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, alors qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, ou qu'il voulait causer la mort. C'est là la question fondamentale. C'est donc d'intention qu'il s'agit, et si vous avez un doute raisonnable à ce sujet, je vous ai parlé de l'infraction incluse moins grave d'homicide involontaire coupable. . . .

Comme ces extraits de l'exposé le montrent, le juge du procès a situé dans son contexte la déduction conforme au bon sens et a clairement indiqué que la question primordiale était de savoir si le ministère public avait prouvé l'intention spécifique.

101

Moreover, as Gibbs J.A. observed in his dissenting opinion in the Court of Appeal, there is no absolute requirement that the evidence of intoxication be linked to the common-sense inference. The judge told the jury to consider the evidence before deciding whether to apply the common-sense inference. It was not necessary to make specific reference at that stage to the evidence of intoxication. It is apparent to most people, as a matter of

De plus, comme l'a fait observer le juge Gibbs dans sa dissidence, il n'y a aucune exigence absolue de rattacher la preuve d'intoxication à la déduction conforme au bon sens. Le juge a dit au jury de prendre en considération la preuve avant de décider d'appliquer ou non la déduction conforme au bon sens. Il n'était pas nécessaire, à cette étape, de mentionner expressément la preuve d'intoxication. La plupart des gens savent bien, par expé-

common experience, that alcohol consumption can be relevant in determining what the accused intended, foresaw or knew: see Alan D. Gold, "An Untrimmed 'Beard': The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge" (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 34, at p. 39, fn. 19, and the authorities cited therein. I see no reason, therefore, why it should be mandatory for the trial judge to add a phrase such as "including the evidence of intoxication", when he or she tells the jury to consider all of the evidence.

(b) *Misdirection Limiting Consideration of Intoxication to Question of Capacity to Form Intent*

According to the respondent, the trial judge gave the impression that evidence of intoxication could be considered only if it was so severe as to deprive the accused of the capacity to form specific intent. Because the charge on intoxication is not very long, it is useful to reproduce it here in its entirety:

You must first consider whether the mind of the accused was so affected by his consumption of alcohol that he did not have the ability to form the specific intent to cause death or bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless. You may find in the end that you have a reasonable doubt about that, but bear in mind the mere fact that a person who has taken alcohol is not in itself a defence to a criminal prosecution if the effect upon a person is merely to result in that person casting off restraint or acting in a manner which he would not act in if he had not consumed alcohol. That condition affords no excuse for the commission of a crime because sometimes the consumption of alcohol gives people a sense of false courage and inflames their passion. Nonetheless, a person can be too drunk to form the specific intent to cause death or to cause the deceased bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued or not. But he may still have sufficient operating mind to form the general intent to do something he knows is wrong, thus a homicide by wrongful act or culpable homicide which is manslaughter which I have already

rience, que la consommation d'alcool peut être pertinente pour déterminer ce que l'accusé voulait, prévoyait ou savait: voir Alan D. Gold, «An Untrimmed «Beard»: The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge» (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 34, à la p. 39, note 19, ainsi que la jurisprudence et la doctrine qui y sont citées. Je ne vois donc aucune raison pour laquelle le juge du procès devrait être tenu d'ajouter une phrase comme «y compris la preuve d'intoxication», lorsqu'il dit au jury de prendre en considération toute la preuve.

b) *Une directive erronée qui limite la prise en considération de l'intoxication à la question de la capacité de former l'intention*

Selon l'intimé, le juge du procès a donné l'impression que la preuve d'intoxication ne pouvait être prise en considération que si le degré d'intoxication était élevé au point de priver l'accusé de la capacité de former l'intention spécifique. Étant donné que la directive sur l'intoxication n'est pas très longue, il est utile de la reproduire ici au complet:

[TRADUCTION] Vous devez d'abord vous demander si l'esprit de l'accusé était si affecté par la consommation d'alcool qu'il n'avait pas la capacité de former l'intention spécifique de causer la mort ou des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Il se peut que vous ayez, en définitive, un doute raisonnable sur ce point, mais souvenez-vous que le simple fait qu'une personne ait consommé de l'alcool n'est pas en soi un moyen de défense opposable dans des poursuites criminelles, si cela a seulement fait en sorte que la personne s'est débarrassée de ses inhibitions ou a agi d'une manière dont elle n'aurait pas agi si elle n'avait pas consommé d'alcool. Cette condition ne peut servir d'excuse à la perpétration d'un crime, parce que la consommation d'alcool donne parfois aux gens un faux sentiment de courage et enflamme leurs passions. Néanmoins, une personne peut être trop ivre pour former l'intention spécifique de causer la mort de la victime ou de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. Cependant, elle peut quand même avoir un état d'esprit suffisamment conscient pour former l'intention générale d'accomplir un acte qui, à sa connaissance, est mal et de commettre, par conséquent, un

instructed is a lesser included offence on a charge of second degree murder.

Now, in this case there is evidence that Mr. Robinson consumed a considerable amount of alcohol before the alleged killing of Mr. Clark Hall. You should know from what I have already said that the Crown must prove beyond a reasonable doubt not only that Mr. Robinson intended to cause bodily harm and that he was reckless whether death ensued or not, but despite his intoxication he knew that what he was doing was likely to cause death. As with all defences, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the defence of intoxication cannot succeed. The accused does not have to prove anything. You will keep in mind three things. If you accept the evidence in support of the defence of intoxication, you must return a verdict of not guilty of second degree murder, but guilty of the included offence of manslaughter. [Emphasis added.]

The trial judge then made a comment about drunkenness to the “state almost of insanity”, which I will discuss in the next section.

103

I agree with Gibbs J.A. that the trial judge did not limit the jury to considering whether intoxication rendered the accused “incapable” of forming the requisite intent. It is true that in the first underlined passage, above, the trial judge told the jury that intoxication could affect the accused’s capacity. However, as I have said, this is not an error. Moreover, in the second underlined passage, the trial judge indicated that intoxication could also affect the actual knowledge required to constitute murder. The jury also heard many times from the trial judge that the crucial question was the accused’s actual intent. Read as a whole, the charge made it clear to the jury, exercising its common-sense, that the evidence of intoxication could be considered together with the other evidence in ascertaining the accused’s intent. I conclude that there was no error in the charge on this point.

homicide en accomplissant un acte illégitime ou homicide coupable constituant un homicide involontaire coupable qui est, comme je l’ai dit, une infraction moins grave incluse dans l’accusation de meurtre au deuxième degré.

Maintenant, en l’espèce, il y a une preuve que M. Robinson a consommé une grande quantité d’alcool avant l’homicide allégué de M. Clark Hall. Vous devriez savoir, à partir de ce que j’ai déjà dit, que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable non seulement que M. Robinson a voulu causer des lésions corporelles, et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non, mais que, en dépit de son état d’intoxication, il savait que ce qu’il faisait était de nature à causer la mort. Comme pour tous les moyens de défense, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que la défense d’intoxication ne peut pas être retenue. L’accusé n’a pas à prouver quoi que ce soit. Souvenez-vous de trois choses. Si vous acceptez la preuve à l’appui du moyen de défense d’intoxication, vous devez rendre un verdict de non-culpabilité de meurtre au deuxième degré, mais de culpabilité de l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable. [Je souligne.]

Le juge du procès a ensuite fait un commentaire au sujet de l’état d’ivresse [TRADUCTION] «voisin de l’aliénation mentale», une question que je vais analyser dans la section suivante.

Je suis d’accord avec le juge Gibbs pour dire que le juge du procès n’a pas demandé au jury de limiter son examen à la question de savoir si l’intoxication avait rendu l’accusé «incapable» de former l’intention requise. Il est vrai que, dans le premier passage souligné ci-dessus, le juge du procès a dit au jury que l’intoxication pouvait affecter la capacité de l’accusé. Toutefois, comme je l’ai dit, ce n’est pas une erreur. De plus, dans le second passage souligné, le juge du procès a indiqué que l’intoxication pouvait aussi affecter la connaissance réelle nécessaire pour qu’il y ait meurtre. Le juge du procès a aussi répété au jury, à maintes reprises, que la question cruciale était l’intention de fait de l’accusé. Dans son ensemble, l’exposé a clairement indiqué au jury qu’il pourrait, en faisant preuve de bon sens, prendre en considération la preuve d’intoxication, avec les autres éléments de preuve, pour déterminer l’intention de l’accusé. Je conclus que l’exposé ne comporte pas d’erreur sur ce point.

(c) *Introduction of the Concept of Insanity*

Immediately following the above-quoted passage, the trial judge added a comment about intoxication verging on insanity:

Now, the evidence here hardly seems to go far enough, though it is a question of fact for a jury, to say that he didn't know the nature and consequences of his act or that it was wrong. That is drunkenness to the state almost of insanity, but not argued by defence here. But it is, as I say, a question of fact.

This comment was perhaps unnecessary. However, I share the opinion of Gibbs J.A. that the jury would not have been misled. The trial judge's comments were obviously an aside and it would have been clear to the jury that the defence of "almost insanity" was an issue distinct from the accused's actual intent.

(d) *Failure to Distinguish Between two Kinds of Intent for Murder*

Finally, the respondent argues that the trial judge misstated or blurred the distinction between the two alternative intents for murder: meaning to cause death (s. 229(a)(i)); and meaning to cause bodily harm that he knows is likely to cause death, and being reckless as to whether death ensues or not (s. 229(a)(ii)). Moreover, the respondent submits that the jury should have been instructed that evidence of intoxication could be considered when determining whether the accused knew the likely consequences of his acts under s. 229(a)(ii).

Taking the second point first, I observe that the jury was in fact instructed that it could consider evidence of intoxication when determining whether the accused knew the likely consequences of his acts. Specifically, the trial judge said:

You should know from what I have already said that the Crown must prove beyond a reasonable doubt not only that Mr. Robinson intended to cause bodily harm and

c) *Introduction du concept d'aliénation mentale*

Immédiatement après le passage précité, le juge du procès a ajouté un commentaire au sujet de l'intoxication voisine de l'aliénation mentale:

[TRADUCTION] Maintenant, la preuve en l'espèce ne semble guère aller assez loin, bien que ce soit là une question de fait pour le jury, pour pouvoir dire que l'accusé ne connaissait pas la nature et les conséquences de ses actes, ou que c'était mal. C'est un état d'ivresse voisin de l'aliénation mentale, mais cela n'a pas été invoqué en défense. Mais, c'est, comme je l'ai dit, une question de fait.

Ce commentaire était peut-être inutile. Toutefois, je partage l'opinion du juge Gibbs que le jury n'aura pas été induit en erreur. Le commentaire du juge du procès était de façon évidente un aparté et il aurait été clair pour le jury que le moyen de défense fondé sur l'état «voisin de l'aliénation mentale» était une question distincte de celle de l'intention de fait de l'accusé.

d) *L'omission de faire une distinction entre deux sortes d'intentions de commettre un meurtre*

Finalement, l'intimé fait valoir que le juge du procès a mal exposé ou a embrouillé la distinction entre les deux sortes possibles d'intentions de commettre un meurtre: l'intention de causer la mort (sous-al. 229a(i)), et l'intention de causer des lésions corporelles que l'accusé sait être de nature à causer la mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non (sous-al. 229a(ii)). L'intimé soutient, de plus, que l'on aurait dû dire au jury que la preuve d'intoxication pourrait être prise en considération pour déterminer si l'accusé connaissait les conséquences probables de ses actes, au sens du sous-al. 229a(ii).

En ce qui concerne, d'abord, le second point, je souligne que l'on a effectivement dit au jury qu'il pourrait prendre en considération la preuve d'intoxication pour déterminer si l'accusé connaissait les conséquences probables de ses actes. Le juge du procès a expressément dit:

[TRADUCTION] Vous devriez savoir, à partir de ce que j'ai déjà dit, que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable non seulement que M. Robinson

104

105

106

that he was reckless whether death ensued or not, but despite his intoxication he knew that what he was doing was likely to cause death.

Consequently, the respondent's argument must fail.

107 On the other point, the respondent is no more successful. His argument is based on a few small slips which, as the Chief Justice acknowledges in his reasons, are insignificant in the context of the rest of the charge. When the charge is taken as a whole, the jury would not have been misled as to the intent required for murder.

IV. Conclusion and Disposition

108 The *MacAskill* rule is inconsistent with the *Charter* and should be abandoned. Where an offence requires specific intent, evidence of intoxication should be considered, together with the other evidence, in determining whether the accused had the requisite intent.

109 Nevertheless, the trial judge's instructions as to the law and his review of the evidence were accurate, complete and understandable. When the charge is read as a whole, I have no doubt that the jury understood the applicable legal principles and the evidence they could consider in resolving the factual issues. In particular, the jury would have understood that they could examine the evidence of intoxication, together with the rest of the evidence, in determining whether the accused had the requisite specific intent. Since the jury charge met all of these fundamental requirements, the Court of Appeal was wrong to overturn the conviction. I would allow the appeal and restore the conviction entered at trial.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

a voulu causer des lésions corporelles, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, mais que, en dépit de son état d'intoxication, il savait que ce qu'il faisait était de nature à causer la mort.

Par conséquent, cet argument de l'intimé ne saurait être retenu.

L'autre argument de l'intimé ne peut davantage être retenu. Il s'appuie sur quelques petits lapsus qui sont, comme le Juge en chef le reconnaît dans ses motifs, insignifiants au vu du reste de l'exposé. Cet exposé, pris dans son ensemble, ne peut avoir induit en erreur le jury quant à l'intention requise pour commettre un meurtre.

IV. Conclusion et dispositif

La règle de l'arrêt *MacAskill* est incompatible avec la *Charte* et devrait être abandonnée. Lorsqu'une infraction exige une intention spécifique, la preuve d'intoxication devrait être prise en considération, avec les autres éléments de preuve, pour déterminer si l'accusé avait l'intention requise.

Néanmoins, les directives en droit que le juge du procès a données au jury et sa revue de la preuve étaient exactes, complètes et compréhensibles. Je n'ai aucun doute que cet exposé, considéré dans son ensemble, a permis au jury de comprendre les principes juridiques applicables et la preuve qu'il pourrait prendre en considération pour résoudre les questions de fait en litige. Plus particulièrement, le jury aura compris qu'il pouvait examiner la preuve d'intoxication, avec le reste de la preuve, pour déterminer si l'accusé avait l'intention spécifique requise. Étant donné que l'exposé du juge du procès au jury satisfaisait à toutes ces exigences fondamentales, la Cour d'appel a eu tort d'infirmer la déclaration de culpabilité. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Randy Andre McMaster *Appellant*

and

Harley Howard McMaster *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. McMASTER

File No.: 24395.

1995: December 7; 1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Mens rea — Murder — Drunkenness — Trial judge finding accused persons had capacity to form intent notwithstanding their being drunk — Whether trial judge misdirecting himself on drunkenness — Whether evidence of intoxication should be considered in isolation from consideration of the overall issue of criminal intent — Whether trial judge misapprehended evidence concerning one accused so as to render his verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

The accused were convicted of second degree murder following a trial without jury. The charges arose from a severe beating. The trial judge was satisfied that neither accused was that much under the influence of alcohol as to be deprived of the capacity to form the intent to commit the crime. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here are whether the trial judge erred in law (1) in misdirecting himself with respect to the defence of drunkenness, and (2) in considering the evidence of intoxication in isolation from his consideration of the overall issue of criminal intent; and (3) whether he misapprehended the evidence concerning Harley McMaster so as to render his verdict unreasonable.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The trial judge misdirected himself on the law of intoxication.

Randy Andre McMaster *Appellant*

et

Harley Howard McMaster *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. McMASTER

N° du greffe: 24395.

1995: 7 décembre; 1996: 21 mars.

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

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

Droit criminel — Mens rea — Meurtre — Ivresse — Conclusion du juge du procès que les accusés avaient la capacité de former l'intention en dépit de leur état d'ébriété — Le juge du procès s'est-il mal instruit du droit sur la question de l'ivresse? — La preuve d'intoxication devait-elle être examinée indépendamment de la question générale de l'intention criminelle? — Le juge du procès a-t-il mal interprété la preuve concernant l'un des accusés au point de rendre le verdict déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

Les accusés ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès sans jury. Les accusations avaient été portées à la suite d'un violent passage à tabac. Le juge du procès était convaincu que ni l'un ni l'autre des accusés n'était sous l'influence de l'alcool au point d'être incapable de former l'intention de commettre le crime reproché. L'appel devant la Cour d'appel a été rejeté. Il s'agit ici de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit (1) en s'instruisant mal du droit relativement à la défense d'ivresse et (2) en examinant la preuve d'intoxication indépendamment de la question générale de l'intention criminelle, et (3) s'il a mal interprété la preuve concernant Harley McMaster au point de rendre le verdict déraisonnable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le juge du procès s'est mal instruit du droit en

His reasons indicate a real possibility that he failed to address the critical issue of whether the accused had the actual intent to kill rather than the capacity to form the intent. While the trial judge did assert that the onus was on the Crown to prove intent beyond a reasonable doubt, his reasons following this assertion indicate that he was satisfied that the Crown had proven intent beyond a reasonable doubt because he was satisfied that the accused had the capacity to form the intent. This chain of reasoning was improper and denied the accused a defence to which they were entitled in law.

It would be wise for trial judges to write reasons setting out the legal principles upon which the conviction is imposed so that an error may be more easily identified if there be error.

The issue of whether the trial judge erred in considering the evidence of intoxication in isolation from his consideration of the overall issue of criminal intent did not need to be considered given that a new trial had to be ordered as a result of the trial judge's misdirection concerning drunkenness.

The trial judge did not misapprehend the evidence concerning Harley McMaster. The evidence connecting him to the assault was overwhelming and his counsel at trial conceded that he was present. The accused were found to be acting in concert; the trier of fact did not need to decide which accused actually struck the fatal blow.

The appeal had to be allowed and a new trial ordered. The respondent Crown did not raise s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in argument. This Court cannot apply it *proprio motu*.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the reasons given in *R. v. Robinson*, evidence of intoxication may be considered, together with all of the other evidence, in determining whether the accused had the requisite specific intent. Here, the trial judge erred in proceeding on the basis that evidence of intoxication could not be considered unless it reached a level at which the accused was no longer capable of forming the specific intent required to commit the offence. The appeal had to be allowed and a new trial ordered because the Crown conceded an air of reality to the theory that the accused may have acted without intent and expressly declined to rely on the cur-

matière d'intoxication. Ses motifs indiquent qu'il y a une possibilité réelle qu'il n'ait pas examiné la question cruciale de savoir si l'accusé avait l'intention de fait de tuer, plutôt que la capacité de former l'intention. Bien que le juge du procès ait vraiment affirmé qu'il appartenait au ministère public de prouver l'intention hors de tout doute raisonnable, ses motifs, qui ont suivi cette affirmation, indiquent qu'il était convaincu que le ministère public avait prouvé l'intention hors de tout doute raisonnable, parce qu'il était persuadé que les accusés avaient la capacité de former l'intention. Ce raisonnement est incorrect et a privé les accusés d'un moyen de défense que le droit leur reconnaissait.

Il serait sage qu'un juge du procès rédige des motifs exposant les principes juridiques sur lesquels se fonde la déclaration de culpabilité, de manière que toute erreur qui peut s'être glissée puisse être identifiée plus facilement.

Il n'était pas nécessaire d'examiner la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en examinant la preuve d'intoxication indépendamment de la question générale de l'intention criminelle, étant donné qu'il fallait ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge s'était mal instruit du droit quant à la défense d'ivresse.

Le juge du procès n'a pas mal interprété la preuve concernant Harley McMaster. La preuve reliant Harley McMaster à l'agression était accablante, et son avocat au procès a admis qu'il était présent. Il a été conclu que les accusés avaient agi de concert; le juge des faits n'était pas tenu de déterminer quel accusé avait porté le coup mortel.

Le pourvoi devait être accueilli et un nouveau procès ordonné. Le ministère public intimé n'a pas mentionné le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* dans son argumentation. Notre Cour ne saurait l'invoquer *proprio motu*.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Robinson*, la preuve d'intoxication peut être prise en considération, avec tous les autres éléments de preuve, pour déterminer si l'accusé avait l'intention spécifique requise. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en tenant pour acquis que la preuve d'intoxication ne pouvait pas être prise en considération à moins que le degré d'intoxication de l'accusé n'ait été élevé au point de le rendre incapable de former l'intention spécifique requise pour commettre l'infraction. Le pourvoi devait être accueilli et un nouveau procès ordonné, parce que le ministère public a reconnu une

ative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; **overruled:** *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; **referred to:** *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; **referred to:** *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229, 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1994] A.J. No. 754, dismissing an appeal from conviction by Brennan J. Appeal allowed.

Terence C. Semenuk, for the appellant Randy Andre McMaster.

James F. Gladstone, for the appellant Harley Howard McMaster.

Ken Tjosvold, for the respondent.

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

vraisemblance à la thèse selon laquelle il se pouvait que les accusés aient agi de manière non intentionnelle et qu'il a expressément refusé d'invoquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; **arrêt renversé:** *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; **arrêts mentionnés:** *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; **arrêts mentionnés:** *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229, 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1994] A.J. No. 754, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Brennan. Pourvoi accueilli.

Terence C. Semenuk, pour l'appellant Randy Andre McMaster.

James F. Gladstone, pour l'appellant Harley Howard McMaster.

Ken Tjosvold, pour l'intimée.

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

¹ LAMER C.J. — This appeal involves the application of principles set out in the companion case of *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683. The principal issue raised by both appellants is whether the trial judge misdirected himself on the extent to which he was entitled in law to consider the evidence of

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi porte sur l'application des principes énoncés dans le pourvoi connexe *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683. La principale question soulevée par les deux appelants est de savoir si le juge du procès s'est mal instruit du droit quant à la mesure dans

drunkenness in relation to whether the appellants possessed the requisite intent for murder under s. 229 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

I. The Facts

Since the appellant, Harley McMaster, is also asking this Court to assess the reasonableness of his verdict, I will set out the facts of this case in some detail.

Harley McMaster was convicted, along with his cousin Randy McMaster, of second degree murder following a trial without a jury before Brennan J. of the Alberta Court of Queen's Bench. The charges arose from a severe beating which occurred in the early hours of October 21, 1992, in an area behind a YWCA in downtown Calgary. The deceased was found lying on his back in a pool of blood. He had suffered severe facial lacerations; in fact, the deceased's face was so mutilated that the emergency medical technician was unable at first to tell whether the victim was a man or a woman. The deceased died some time later in the hospital.

(i) *Evidence of the Assault*

The main Crown witness, Art Collins, testified that in the early morning of October 21, 1992, he stopped at a set of traffic lights by the Cecil Hotel. He saw three men cross the street. The men appeared to be arguing. Collins felt there was going to be a confrontation so he parked his vehicle in the hotel parking lot and went across the street to the park beside the YWCA. At trial he estimated that he was about 30 feet away from the three men. He testified that the lighting was not too bad and that he had a pretty clear view.

He saw two men assaulting another individual. Both of the men were kicking and hitting the victim. Collins told them to stop, which they did momentarily, but then continued the beating. The

laquelle il pouvait considérer la preuve d'ivresse relativement à la question de savoir si les appelants avaient l'intention requise pour commettre un meurtre, au sens de l'art. 229 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

I. Les faits

Étant donné que l'appellant, Harley McMaster, demande aussi à la Cour de se prononcer sur le caractère raisonnable du verdict prononcé à son égard, je vais exposer les faits de l'affaire de façon assez détaillée.

Harley McMaster et son cousin Randy McMaster ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré, à l'issue d'un procès sans jury devant le juge Brennan de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Les accusations ont été portées à la suite d'un passage à tabac survenu aux petites heures du matin, le 21 octobre 1992, à l'arrière d'un YWCA, au centre-ville de Calgary. La victime a été trouvée baignant, sur le dos, dans son sang. Elle avait de profondes lacerations au visage; en fait, le visage de la victime était si mutilé que le technicien ambulancier a été incapable de dire, à prime abord, si la victime était un homme ou une femme. Le décès est survenu quelque temps plus tard, à l'hôpital.

(i) *La preuve de l'agression*

Le principal témoin du ministère public, Art Collins, a affirmé que, tôt le matin du 21 octobre 1992, il s'est arrêté à un feu de circulation près de l'hôtel Cecil. Il a vu trois hommes traverser la rue. Il lui a semblé qu'ils se disputaient. Collins, sentant qu'ils étaient pour en venir aux mains, a garé son véhicule dans le stationnement de l'hôtel et a traversé la rue en direction du parc situé à côté du YWCA. Au procès, il a estimé qu'il s'était trouvé à environ 30 pieds des trois hommes. Il a affirmé que l'éclairage n'était pas trop mauvais et qu'il avait pu voir assez nettement ce qui se passait.

Il a vu deux hommes en agresser un autre. Ces deux hommes frappaient la victime à coups de pied et de poing. Collins leur a dit d'arrêter, ce qu'ils ont fait un moment, puis ils ont poursuivi le tabas-

taller of the assailants appeared to be kicking the victim in the head while the shorter one kicked him in the body. Before they moved off, the shorter one was on his knees hitting the victim with his fists. Collins testified that he could see the kicking and punching very clearly. The taller assailant had long dark hair. The shorter one had what appeared to be a black jacket with a long T-shirt hanging below it. In court, Collins misidentified Harley McMaster as the taller of the two assailants.

6 Collins went to a cab parked by the hotel and asked the driver to call the police. The driver moved his vehicle to shine its lights into the park area. The beating stopped at this point. The two assailants proceeded out the gate to the park, leaving the victim on the ground. The police arrived almost immediately and Collins pointed out, to the police, the assailants, who were moving away from the scene.

7 Godfrey Daniell, the cab driver, testified that while he was parked at the Cecil Hotel, he was approached by a man about the disturbance which had been going on across the street. Daniell called the police first. At some point, he moved his vehicle across the street to get his headlights onto the courtyard where the disturbance was taking place. He saw people beating on a person on the ground but could not say how many individuals were involved. Although there was some light in the area, the darkness prevented Daniell from seeing too many details.

8 Daniell saw two people walk away from the scene. The shorter of the assailants had an undershirt or T-shirt hanging down. They both seemed to have dark hair and dark features. Daniell thought that the one with the longest hair was a woman. After the police arrived at the scene, he got into his cab and drove to a library where he thought the assailants would be. He saw them proceeding at a steady pace. He followed them until he saw a police van and attempted to get the atten-

sage. Le plus grand des agresseurs a paru donner des coups de pied à la tête de la victime, alors que le plus petit lui donnait des coups de pied au corps. Avant de partir, le plus petit, à genoux, frappait la victime à coups de poing. Collins a affirmé qu'il avait pu voir très nettement le tabassage se dérouler. Le plus grand des agresseurs avait les cheveux longs et foncés. Le plus petit paraissait porter un blouson noir et un grand tee-shirt qui dépassait du blouson. À l'audience, Collins a identifié erronément Harley McMaster comme étant le plus grand des deux agresseurs.

Collins s'est approché d'une voiture de taxi stationnée près de l'hôtel et a demandé au chauffeur d'appeler la police. Le chauffeur a déplacé sa voiture de manière à diriger ses phares vers le parc. Les coups ont cessé à ce moment-là. Les deux agresseurs ont quitté le parc par le portail, abandonnant la victime sur le sol. Les policiers sont arrivés presque immédiatement et Collins leur a montré du doigt les agresseurs qui s'éloignaient des lieux.

Godfrey Daniell, le chauffeur de taxi, a affirmé que, pendant qu'il était stationné à l'hôtel Cecil, un homme est venu lui dire qu'il y avait une échauffourée de l'autre côté de la rue. Daniell a commencé par appeler la police. Puis, il a déplacé sa voiture de l'autre côté de la rue de manière à diriger ses phares vers la cour où l'échauffourée se déroulait. Il a vu des gens frapper une personne qui était au sol, mais il n'a pu dire combien de personnes étaient impliquées. Daniell n'a pas pu très bien voir ce qui se passait parce que les lieux étaient mal éclairés.

Daniell a vu deux personnes quitter les lieux. Le plus petit des agresseurs portait un maillot de corps ou un tee-shirt qui pendait. Les deux semblaient avoir les cheveux et les traits foncés. Daniell a cru que celui qui avait les cheveux les plus longs était une femme. Après l'arrivée de la police, il s'est remis au volant de sa voiture et s'est rendu à la bibliothèque où il pensait que les agresseurs se trouveraient. Il les a vus s'y rendre d'un bon pas. Il les a suivis jusqu'à ce qu'il aperçoive une fourgon-

tion of one of the officers. The officers then apprehended the appellants.

Sergeant Sembo of the Calgary police was the first officer to arrive at the scene. As he approached, he observed two individuals leaving the YWCA courtyard. There was no one else on the street. He radioed their description to all downtown units. He described them as two native Canadians, one smaller than the other, the smaller possibly a female. Sembo thought that the larger individual wore a dark black leather jacket and had long thick black hair.

According to Sembo, the area where the victim was found was darker than the street but one could see without a flashlight. There was light from a street light and he thought that there were also lights on in the YWCA.

Constable Koenen, along with his partner, discovered the appellants at the library. Their clothing appeared to be wet with blood. Randy McMaster's clothing appeared to have more blood than that of his cousin. Harley McMaster appeared to have blood on his hands. He was wearing a white and black T-shirt and a black jacket. He had long black hair, weighed approximately 180 pounds and stood about 5 feet 8 or 9 inches tall. Randy McMaster had considerably more "red substance" on him. His boots were very wet with the "red substance", as if he had walked through a puddle. He was wearing a brown leather jacket with a blue denim shirt. He had shoulder length hair and was about three inches taller than his cousin.

The police also found at the scene a bundle of drawings bearing the names of Stimson and Randy McMaster.

(ii) *The Expert Evidence*

A hair and fibre expert testified that 12 hairs from the cowboy boots worn by Randy McMaster at the time of the assault and 14 hairs from the bag in which his boots were stored were consistent with having come from the deceased. No hair was

nette de la police, et il a alors tenté d'attirer l'attention de l'un des policiers. Les policiers ont ensuite procédé à l'arrestation des appelants.

Le sergent Sembo de la police de Calgary a été le premier policier à se présenter sur les lieux. Comme il arrivait, il a vu deux personnes quitter la cour du YWCA. Il n'y avait personne d'autre dans la rue. Il a transmis par radio leur signalement à toutes les unités du centre-ville. Il les a décrits comme étant deux autochtones de tailles différentes, dont le plus petit pouvait être une femme. Selon Sembo, le plus grand portait un blouson de cuir noir et il avait de longs cheveux épais et noirs.

D'après Sembo, l'endroit où la victime a été trouvée était plus sombre que la rue, mais on pouvait y voir sans l'aide d'une lampe de poche. Il y avait la lueur d'un réverbère et, selon lui, il y avait aussi de la lumière qui provenait du YWCA.

Le policier Koenen et son collègue ont découvert les appelants à la bibliothèque. Leurs vêtements paraissaient imbibés de sang. Les vêtements de Randy McMaster paraissaient plus tachés de sang que ceux de son cousin. Harley McMaster paraissait avoir du sang sur les mains. Il portait un tee-shirt blanc et noir et un blouson noir. Il avait de longs cheveux noirs, pesait environ 180 livres et mesurait environ 5 pieds et 8 ou 9 pouces. Randy McMaster avait beaucoup plus de cette «substance rouge» sur lui. Ses bottes étaient complètement imprégnées de cette «substance rouge», comme s'il avait marché dans une flaque. Il portait un blouson de cuir brun et une chemise en denim bleu. Il avait les cheveux aux épaules et mesurait environ trois pouces de plus que son cousin.

La police a aussi trouvé sur les lieux de l'agression un paquet de dessins portant les noms de Stimson et de Randy McMaster.

(ii) *La preuve d'expert*

Un expert en cheveux et fibres a témoigné que 12 cheveux prélevés sur les bottes de cowboy portées par Randy McMaster au moment de l'agression et 14 cheveux prélevés dans le sac où il gardait ses bottes correspondaient aux cheveux de la

9

10

11

12

13

found on the running shoes worn by Harley McMaster. A serologist testified that human blood was found on the boots, blue jeans, socks, shirt and jacket of Randy McMaster and it was consistent with the standard obtained from the deceased. Blood found on a running shoe worn by Harley McMaster was also consistent with having come from the deceased.

14 The hair and fibre expert also testified that he found 18 hairs on a piece of concrete block found at the scene and 16 hairs on another block. According to the serologist, blood consistent with that of the victim was found on these two pieces of concrete block.

(iii) *The Evidence of Intoxication*

15 Collins testified that when he first saw the assailants crossing the street the tallest assailant took a drink out of a bottle. Daniell testified that when the assailants left the scene, they walked with a bit of a stagger.

16 Constable Koenen testified that when he arrested Harley McMaster, he was very cooperative when read his rights and appeared to understand what the officer had read to him. He smelled of alcohol and in the opinion of the officer Harley was impaired but not intoxicated. After his arrest, Harley McMaster fell asleep on the floor of the police interview room.

17 Constable Fong testified that when he arrested Randy McMaster, he appeared to understand everything that was said to him and that he complied with the police demands. His eyes were glassy and bloodshot and his breath smelled of alcohol. He appeared drunk. Constable Koenen testified that Randy McMaster also smelled of alcohol and was impaired but not intoxicated. Another officer, Constable terKuile, assisting in the arrest, also testified that Randy McMaster appeared drunk. Later in the police interview room Randy McMaster was asked by terKuile if he had a lawyer? He replied that his lawyer was Karen Gainer. Randy McMaster then

victime. Aucun cheveu n'a été trouvé sur les espadrilles portées par Harley McMaster. Un sérologiste a témoigné que du sang humain avait été trouvé sur les bottes, les jeans, les chaussettes, le tee-shirt et le blouson de Randy McMaster et que ce sang correspondait à l'échantillon provenant de la victime. Le sang trouvé sur l'une des espadrilles de Harley McMaster correspondait aussi au sang de la victime.

L'expert en cheveux et fibres a aussi témoigné avoir trouvé 18 cheveux sur un morceau de bloc de béton trouvé sur les lieux, et 16 cheveux sur un autre bloc. D'après le sérologiste, du sang correspondant à celui de la victime a été trouvé sur ces deux morceaux de bloc de béton.

(iii) *La preuve d'intoxication*

Collins a témoigné que, lorsqu'il a vu, pour la première fois, les agresseurs traverser la rue, le plus grand avait pris une gorgée à même une bouteille. Daniell a témoigné que, lorsque les agresseurs ont quitté les lieux, ils avaient une démarche un peu chancelante.

Le policier Koenen a affirmé que, lorsqu'il a arrêté Harley McMaster, ce dernier s'est montré très coopératif au moment où il lui a fait lecture de ses droits et qu'il a paru comprendre ce qui lui avait été lu. Harley McMaster sentait l'alcool et, selon le policier, il avait les facultés affaiblies, mais n'était pas ivre. Après son arrestation, Harley McMaster s'est endormi sur le plancher de la salle d'interrogatoire de la police.

Le policier Fong a témoigné que, lorsqu'il a arrêté Randy McMaster, ce dernier a paru comprendre tout ce qu'on lui disait, et a obtempéré aux ordres de la police. Ses yeux étaient vitreux et injectés de sang et il sentait l'alcool. Il paraissait ivre. Le policier Koenen a témoigné que Randy McMaster sentait lui aussi l'alcool et qu'il avait les facultés affaiblies, sans toutefois être ivre. Un autre policier, l'agent terKuile, qui a participé à l'arrestation, a témoigné lui aussi que Randy McMaster paraissait ivre. Plus tard, dans la salle d'interrogatoire de la police, terKuile a demandé à Randy McMaster s'il avait un avocat. Ce dernier lui a

sat in a chair, leaned forward and fell asleep. terKuile testified that he concluded that Randy McMaster had passed out. Another officer, Constable Comber, wrote down in his notebook that Randy McMaster had “passed out very drunk”. Some three hours later, Comber returned and noted that Randy McMaster was “still very drunk”. During the course of the early morning, the police unsuccessfully tried to wake Randy a number of times.

Finally, when the police apprehended the appellants on the street, Randy McMaster was found carrying a gym bag as well as a wine bottle that was only half full. The gym bag and its contents were saturated with wine.

The appellants were both convicted at trial of second degree murder. The trial judge was satisfied that “the two accused were jointly involved in the very vicious and severe beating . . . and . . . that neither of the accused was that much under the influence of alcohol as to be deprived of the capacity to form the intent to commit the crime with which they have been charged” (emphasis added). The trial judge sentenced Randy McMaster to life imprisonment without eligibility for parole for 14 years. Harley McMaster was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 12 years.

The Alberta Court of Appeal ([1994] A.J. No. 754) dismissed the appellants’ appeal in brief reasons for judgment. The appellants have appealed that decision to this Court pursuant to leave having been granted on March 2, 1995 ([1995] 1 S.C.R. ix).

II. The Issues

The following issues are raised by the appellants in this case:

répondu que son avocate était Karen Gainer. Randy McMaster s’est alors assis sur une chaise, s’est incliné vers l’avant et s’est endormi. L’agent terKuile a affirmé qu’il en avait conclu que Randy McMaster s’était évanoui. Un autre policier, l’agent Comber, a écrit dans son carnet que Randy McMaster [TRADUCTION] «était ivre mort». Quelque trois heures plus tard, Comber est revenu et a constaté que Randy McMaster était [TRADUCTION] «encore très ivre». Au petit matin, les policiers ont essayé plusieurs fois sans succès de réveiller Randy.

18
Finalement, lorsque les policiers ont arrêté les appelants dans la rue, Randy McMaster transportait un sac de sport et une bouteille de vin qui n’était qu’à moitié pleine. Le sac de sport et son contenu étaient imbibés de vin.

19
À leur procès, les appelants ont tous deux été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès était convaincu que [TRADUCTION] «les deux accusés étaient conjointement impliqués dans le passage à tabac brutal et violent [. . .] et [. . .] que ni l’un ni l’autre des accusés n’était sous l’influence de l’alcool au point d’être incapable de former l’intention de commettre le crime qui leur est reproché» (je souligne). Le juge du procès a condamné Randy McMaster à l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 14 ans. Harley McMaster a été condamné à l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans.

20
La Cour d’appel de l’Alberta ([1994] A.J. No. 754) a, dans de brefs motifs de jugement, rejeté l’appel des appelants. Les appelants se pourvoient contre cet arrêt devant notre Cour, conformément à l’autorisation qui leur a été accordée le 2 mars 1995 ([1995] 1 R.C.S. ix).

II. Les questions en litige

21
En l’espèce, les appelants soulèvent les questions suivantes:

1. Did the trial judge err in law in misdirecting himself with respect to the defence of drunkenness?
2. Did the trial judge err in considering the evidence of intoxication in isolation from his consideration of the overall issue of criminal intent?
3. Did the trial judge misapprehend the evidence concerning Harley McMaster so as to render his verdict unreasonable?

III. Analysis

- (i) *Did the Trial Judge Err in Law in Misdirecting Himself with Respect to the Defence of Drunkenness?*

22

The trial judge's reasons in this case chart the approach taken in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479, and *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330, the latter of which was overruled in the companion case of *Robinson*, *supra*. The following passages are taken from the trial judge's reasons for judgment on the issue of intoxication:

In my view, there can be no question but that the accused in administering the beating which they did to Mr. Prosper, knew that they were causing him bodily harm that would likely cause his death and were reckless whether death ensued or not.

There is one further matter which I must consider and that is the issue of drunkenness. When a person who commits culpable homicide, is so under the influence of alcohol as to be deprived of the capacity to form the specific intent to commit murder or to cause the victim bodily harm, that he knows is likely to cause his death and is reckless whether death ensues or not, that would have the effect of reducing the offence from one of second degree murder to that of manslaughter.

The onus is on the Crown throughout to prove all essential ingredients of this offence and one of those essential ingredients is, of course, the matter of intent. When there is evidence of drunkenness on the part of an accused charged with an offence such as this . . . the Court must consider whether the drunkenness was to such an extent as to deprive the accused of the capacity to form the necessary intent to commit the crime in question.

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en s'instruisant mal du droit relativement à la défense d'ivresse?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en examinant la preuve d'intoxication indépendamment de la question générale de l'intention criminelle?
3. Le juge du procès a-t-il mal interprété la preuve concernant Harley McMaster au point de rendre le verdict déraisonnable?

III. Analyse

- (i) *Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en s'instruisant mal du droit relativement à la défense d'ivresse?*

Les motifs du juge du procès en l'espèce suivent l'approche tracée dans les arrêts *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479, et *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330, ce dernier arrêt étant renversé par l'arrêt connexe *Robinson*, précité. Les extraits suivants sont tirés des motifs du juge du procès sur la question de l'intoxication:

[TRADUCTION] À mon avis, il ne peut y avoir de doute que, en passant à tabac M. Prosper comme ils l'ont fait, les accusés savaient qu'ils lui causaient des lésions corporelles qui étaient de nature à causer sa mort, et qu'il leur était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Il y a une autre question que je dois prendre en considération, et c'est celle de l'ivresse. Lorsqu'une personne qui commet un homicide coupable est sous l'influence de l'alcool au point d'être incapable de former l'intention spécifique de commettre un meurtre ou de causer à la victime des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non, cela aurait pour effet de réduire l'infraction de meurtre au deuxième degré à une infraction d'homicide involontaire coupable.

Le ministère public a, tout au long des procédures, la charge de prouver tous les éléments essentiels de cette infraction et l'un de ces éléments essentiels est, bien sûr, l'intention. Lorsqu'il y a, comme en l'espèce, preuve d'ivresse de la part de l'accusé à qui une infraction est reprochée [. . .] la cour doit se demander si l'accusé était ivre au point d'être incapable de former l'intention nécessaire de commettre le crime en question.

In the case before me, there is, indeed, evidence of drunkenness on the part of each of the accused. . . .

Indeed, with respect to the accused Randy McMaster, on whose behalf the defence of drunkenness has been most strongly argued, when asked if he wished to consult a lawyer, he indicated that he did so and further indicated that his lawyer was Karen Gainer. It is my view that a person who is thinking that clearly is not that sufficiently under the influence of alcohol as to be deprived of the capacity to form the intent to intend the natural consequences of his actions. I am satisfied beyond a reasonable doubt that the Crown has established to my complete satisfaction and beyond a reasonable doubt that at the time in question, that while the two accused were each under the influence of alcohol, they were not that much under the influence that they were deprived of the capability of forming the specific intent required to commit the crime of murder.

In very brief summary, therefore, I am satisfied beyond a reasonable doubt that the two accused were jointly involved in the very vicious and severe beating that was administered to Mr. Prosper . . . and I am further satisfied beyond a reasonable doubt that neither of the accused was that much under the influence of alcohol as to be deprived of the capacity to form the intent to commit the crime with which they have been charged. [Emphasis added.]

In this case, the trial judge's reasons indicate a real possibility that he failed to address his mind to the critical issue of whether the accused had the actual intent to kill rather than the capacity to form the intent for the following reasons:

1. the trial judge refers only to "capacity to form intent" when discussing the effects of alcohol on the critical issue of intent;
2. he refers to capacity or capability to form the intent at five different times in his reasons;
3. his ultimate conclusion is that "neither of the accused was that much under the influence of alcohol as to be deprived of the capacity to form the intent to commit the crime with which they have been charged".

Dans l'affaire dont je suis saisi, il y a, en fait, une preuve d'ivresse de la part de chacun des accusés . . .

En effet, en ce qui concerne l'accusé Randy McMaster, pour le compte de qui la défense d'ivresse a été invoquée avec le plus de vigueur, lorsqu'on lui a demandé s'il désirait consulter un avocat, il a indiqué que oui et il a ajouté que son avocate s'appelait Karen Gainer. À mon avis, une personne dont la pensée est aussi claire n'est pas suffisamment sous l'influence de l'alcool pour être incapable de former l'intention que se réalisent les conséquences naturelles de ses actes. Je suis persuadé hors de tout doute raisonnable que le ministère public a établi, de façon tout à fait convaincante et hors de tout doute raisonnable, qu'au moment en question, c'est-à-dire quand les deux accusés étaient l'un et l'autre sous l'influence de l'alcool, ils n'étaient pas sous l'influence de l'alcool au point d'être incapables de former l'intention spécifique requise pour commettre le crime de meurtre.

En résumé, par conséquent, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que les deux accusés étaient conjointement impliqués dans le passage à tabac brutal et violent de M. Prosper [. . .] et je suis, en outre, convaincu hors de tout doute raisonnable que ni l'un ni l'autre des accusés n'était sous l'influence de l'alcool au point d'être incapable de former l'intention de commettre le crime qui leur est reproché. [Je souligne.]

En l'espèce, les motifs du juge du procès indiquent qu'il y a une possibilité réelle qu'il n'ait pas examiné la question cruciale de savoir si l'accusé avait l'intention de fait de tuer, plutôt que la capacité de former l'intention, et ce, pour les raisons suivantes:

1. le juge du procès ne mentionne que la «capacité de former l'intention» lorsqu'il analyse les effets de l'alcool sur la question cruciale de l'intention;
2. il mentionne la capacité de former l'intention à cinq reprises dans ses motifs;
3. il finit par conclure que «ni l'un ni l'autre des accusés n'était sous l'influence de l'alcool au point d'être incapable de former l'intention de commettre le crime qui leur est reproché».

24

The Alberta Court of Appeal was satisfied that the trial judge knew that he was required to consider the issue of actual intent because he stated at one point that the onus is on the Crown to prove intent beyond a reasonable doubt. While the trial judge did assert this proposition, his reasons following this assertion indicate that he believed that intoxication was only relevant to the issue of capacity as per *Beard* and *MacAskill*. In other words, he was satisfied that the Crown had proven intent beyond a reasonable doubt because he was satisfied that the appellants had the capacity to form the intent. This chain of reasoning was improper and denied the appellants a defence to which they were entitled in law.

La Cour d'appel de l'Alberta était convaincue que le juge du procès savait qu'il devait prendre en considération la question de l'intention de fait, parce qu'il a affirmé à un moment donné qu'il appartenait au ministère public de prouver l'intention hors de tout doute raisonnable. Bien que le juge du procès ait vraiment affirmé cela, ses motifs, qui ont suivi cette affirmation, indiquent qu'il a cru que l'intoxication n'était pertinente que relativement à la question de la capacité, comme l'enseignaient les arrêts *Beard* et *MacAskill*. En d'autres termes, il était convaincu que le ministère public avait prouvé l'intention hors de tout doute raisonnable, parce qu'il était persuadé que les appelants avaient la capacité de former l'intention. Ce raisonnement est incorrect et a privé les appelants d'un moyen de défense que le droit leur reconnaissait.

25

Before leaving this ground of appeal, I wish to address briefly the issue of a trial judge's obligation to write reasons in criminal cases since this case involved a trial before a judge sitting without a jury. The issue was recently considered in this Court in the cases of *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, and *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752. I do not interpret these cases as suggesting that there is no obligation on trial judges to write reasons. Indeed, in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, I held at p. 806 that:

Of course, courts should normally disclose in their judgment the basis for their decisions and, when relevant, the evidence it has decided to rely upon. However, if a court chooses not to do so, it may well, in some circumstances though surely not in all, have failed in its adjudicative duties. . . .

So too in *Barrett*, Iacobucci J. held at p. 753:

While it is clearly preferable to give reasons and although there may be some cases where reasons may be necessary, by itself, the absence of reasons of a trial judge cannot be a ground for appellate review when the finding is otherwise supportable on the evidence or

Avant de terminer mon examen de ce moyen d'appel, je tiens à examiner brièvement la question de l'obligation du juge du procès de rédiger des motifs dans des affaires criminelles, étant donné qu'il s'est agi en l'espèce d'un procès devant un juge siégeant sans jury. Notre Cour a récemment examiné cette question dans les arrêts *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, et *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752. Je ne considère pas que ces arrêts laissent entendre que les juges du procès ne sont pas tenus de rédiger des motifs. En fait, dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, j'affirme, à la p. 806:

Évidemment les tribunaux devraient normalement révéler dans leur jugement le fondement de leurs décisions et, lorsque cela est pertinent, les éléments de preuve sur lesquels ils ont décidé de se fonder. Cependant, si une cour choisit de ne pas le faire, elle peut bien, dans certains cas mais sûrement pas dans tous les cas, avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions décisionnelles . . .

De même, dans l'arrêt *Barrett*, le juge Iacobucci conclut, à la p. 753:

Certes, il est nettement préférable que des motifs soient donnés et, dans certains cas, il peut être nécessaire de le faire, mais, l'absence de motifs de la part d'un juge du procès ne peut, en soi, justifier une révision en appel lorsque la décision est par ailleurs appuyée par la preuve

where the basis of the finding is apparent from the circumstances. [Emphasis added.]

I am of the view that in cases where the law is well settled and the disposition turns on an application of the law to the particular facts of the case, it will be difficult for an appellant to argue that the failure to provide reasons requires appellate intervention. As Doherty J.A. held in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 204:

Where a case turns on the application of well-settled legal principles to facts as found after a consideration of conflicting evidence, the trial judge is not required to expound upon those legal principles to demonstrate to the parties, much less to the Court of Appeal, that he or she was aware of and applied those principles.

However, in a case where it appears that the law is unsettled, it would be wise for a trial judge to write reasons setting out the legal principles upon which the conviction is based so that an error may be more easily identified, if error there be. In the case at bar, there is no doubt that at the time of the appellants' trial in October of 1993, the law of intoxication was in a very unsettled and unsatisfactory state. This is exemplified by the different approaches being applied, at that time, by the provincial appellate courts in this country which departed from this Court's decision in *MacAskill*; see *Robinson* at paras. 28-33. If the trial judge had not provided reasons in this case, we would not have been in a position to know whether he had applied the *MacAskill* approach as he in fact had done.

(ii) *Did the Trial Judge Err in Considering the Evidence of Intoxication in Isolation from his Consideration of the Overall Issue of Criminal Intent?*

Both appellants argue that the trial judge erred in considering the issue of intent in isolation from the evidence of intoxication contrary to this Court's decision in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. They argue that the trial judge looked first at the question of intent and then went on to look at

ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances. [Je souligne.]

Je suis d'avis que, dans les affaires où le droit est bien établi et où la décision repose sur l'application du droit aux faits particuliers de l'affaire, il sera difficile pour l'appelant d'alléguer que le défaut d'exposer des motifs nécessite l'intervention d'une cour d'appel. Comme le juge Doherty l'affirme dans l'arrêt *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 204:

[TRADUCTION] Lorsque l'issue d'une affaire dépend de l'application de principes juridiques bien établis à des faits constatés après avoir examiné des éléments de preuve contradictoires, le juge du procès n'est pas tenu d'expliquer ces principes juridiques pour démontrer aux parties, encore moins à la cour d'appel, qu'il connaît ces principes et qu'il les a appliqués.

Toutefois, dans un cas où il appert que le droit est incertain, il serait sage que le juge du procès rédige des motifs exposant les principes juridiques sur lesquels se fonde la déclaration de culpabilité, de manière que toute erreur qui peut s'être glissée puisse être identifiée plus facilement. En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'au moment du procès des appelants, en octobre 1993, l'état du droit en matière d'intoxication était très incertain et insatisfaisant. Cela se reflète dans les différentes approches que les cours d'appel provinciales de notre pays ont adoptées à l'époque et qui dérogeaient à notre arrêt *MacAskill*; voir *Robinson*, aux par. 28 à 33. Si le juge du procès n'avait pas exposé des motifs en l'espèce, nous n'aurions pas été en mesure de savoir s'il avait appliqué l'approche de l'arrêt *MacAskill*, comme il l'a fait en l'espèce.

(ii) *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en examinant la preuve d'intoxication indépendamment de la question générale de l'intention criminelle?*

Les deux appelants allèguent que le juge du procès a commis une erreur en examinant la question de l'intention indépendamment de la preuve d'intoxication, contrairement à l'arrêt de notre Cour *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. Ils font valoir que le juge du procès a d'abord examiné la question de

26

27

28

the evidence of intoxication. Since I am of the view that a new trial must be ordered as a result of the trial judge's misdirection concerning the defence of drunkenness, there is no need to consider this ground of appeal.

(iii) *Did the Trial Judge Misapprehend the Evidence Concerning Harley McMaster so as to Render his Verdict Unreasonable?*

29 Harley McMaster submits that the trial judge misapprehended the evidence and therefore his verdict of second degree murder was unreasonable because there was:

(a) Insufficient Evidence that he was Present at the Scene

30 In my view, there was overwhelming evidence upon which the trial judge could conclude that Harley McMaster was one of the assailants, including the facts that:

1. he met the description of two witnesses at the scene whom the trial judge found to be credible;
2. blood found on his sneakers was consistent with having come from the deceased;
3. he was arrested shortly after the assault only three blocks from the scene. He was walking, when first observed by the arresting officers, side by side with his cousin Randy McMaster;
4. his cousin, Randy McMaster, had the deceased's blood on his clothes and Randy's name was found on documents found at the scene.

31 Moreover, at trial, Harley McMaster's counsel, not his counsel on appeal, conceded that his client was present. The transcript reveals that his counsel told the trial judge that "[y]ou may find from the evidence — fairly find I think — that he was present at the scene. . . . I think you can fairly find that on the evidence. There has been no suggestion

l'intention, après quoi il a examiné la preuve d'intoxication. Vu mon opinion qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès s'est mal instruit du droit quant à la défense d'ivresse, il n'est pas nécessaire d'examiner ce moyen d'appel.

(iii) *Le juge du procès a-t-il mal interprété la preuve concernant Harley McMaster au point de rendre le verdict déraisonnable?*

Harley McMaster soutient que le juge du procès a mal interprété la preuve et que, par conséquent, son verdict de meurtre au deuxième degré est déraisonnable pour les raisons suivantes:

a) Insuffisance de la preuve de sa présence sur les lieux

À mon avis, il y avait une preuve accablante qui permettait au juge du procès de conclure que Harley McMaster était l'un des agresseurs, dont les faits suivants:

1. il correspondait au signalement donné par deux témoins qui étaient sur les lieux et que le juge du procès a considérés comme étant crédibles;
2. le sang trouvé sur ses espadrilles correspondait à celui de la victime;
3. il a été arrêté peu après l'agression, à seulement trois rues des lieux du crime; il marchait en compagnie de son cousin Randy McMaster quand les policiers qui l'ont arrêté l'ont vu pour la première fois;
4. son cousin Randy McMaster avait du sang de la victime sur ses vêtements et le nom de Randy était inscrit sur des documents trouvés sur les lieux du crime.

De plus, au procès, l'avocat de Harley McMaster, qui n'a pas représenté ce dernier en appel, a admis que son client était présent. La transcription révèle que cet avocat a dit au juge du procès que [TRADUCTION] «[v]ous pouvez conclure à partir de la preuve — en toute justice, je crois — qu'il était sur les lieux [. . .] Je pense que la preuve vous per-

in the evidence I think to lead you to any other conclusion quite frankly.”

(b) Insufficient Evidence of the Acts of Harley McMaster

Again, I am of the view that there was sufficient evidence as to the actions of both Randy and Harley McMaster in the beating death of the victim. While some witnesses testified that it was too dark to see, the principal Crown witness — Collins — testified that he saw the assailants “hit and kick” the deceased. Collins testified that the lighting was not too bad and that he could see the kicking and punching. In regards to Harley McMaster, Collins testified that he saw the shorter assailant (Harley is shorter than Randy) kick the deceased in the body and punch him with his fists. The trial judge accepted the evidence of Collins and there is no reason for this Court to interfere with that finding.

(c) Insufficient Evidence as to Whether Harley McMaster’s Acts were the Cause of Death

Counsel for Harley McMaster suggests that since the forensic evidence indicated that the deceased died because of a blow(s) to the head, the trial judge failed to consider whether Harley could have “caused” the death since the only evidence of his involvement was blows to the body. However, the trial judge made it clear in his reasons that he was satisfied that the cousins were acting in concert and “jointly involved” in causing the death. It is a well-established principle that where a trier of fact is satisfied that multiple accused acted in concert, there is no requirement that the trier of fact decide which accused actually struck the fatal blow. See *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74, at pp. 80-81, and *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652.

(d) Insufficient Evidence of Intent

The trial judge’s error in this case was his misdirection of the law of intoxication. In my opinion,

met, en toute justice, de tirer cette conclusion. Je crois franchement que rien dans la preuve ne vous permet de tirer une autre conclusion.»

b) Insuffisance de la preuve des actes accomplis par Harley McMaster

Encore une fois, je suis d’avis que la preuve des actes accomplis tant par Randy que par Harley McMaster, lorsque la victime a été battue à mort, était suffisante. Bien que certains témoins aient affirmé qu’il faisait trop noir pour voir, le principal témoin du ministère public — Collins — a affirmé avoir vu les agresseurs [TRADUCTION] «frapper à coups de poing et de pied» la victime. Collins a témoigné que l’éclairage n’était pas trop mauvais et qu’il avait pu voir donner les coups de pied et les coups de poing. En ce qui concerne Harley McMaster, Collins a affirmé qu’il avait vu le plus petit des agresseurs (Harley est plus petit que Randy) donner des coups de pied au corps de la victime et la battre à coups de poing. Le juge du procès a accepté le témoignage de Collins et rien ne justifie notre Cour d’intervenir sur ce point.

c) Insuffisance de la preuve quant à savoir si les actes de Harley McMaster ont causé le décès

L’avocat de Harley McMaster laisse entendre que, parce que la preuve médico-légale indiquait que le décès de la victime résultait d’un seul ou de plusieurs coups à la tête, le juge du procès ne s’est pas demandé si Harley avait pu «causer» la mort, étant donné que la seule preuve de sa participation était les coups portés au corps. Cependant, le juge du procès a clairement affirmé, dans ses motifs, qu’il était convaincu que les cousins avaient agi de concert et qu’ils étaient «conjointement impliqués» dans l’homicide. Il est reconnu que le juge des faits, qui est convaincu que plusieurs accusés ont agi de concert, n’est pas tenu de déterminer quel accusé a porté le coup mortel. Voir *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74, aux pp. 80 et 81, et *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

d) Insuffisance de la preuve d’intention

En l’espèce, l’erreur du juge du procès a consisté à mal s’instruire du droit en matière d’intoxi-

32

33

34

he did not err in not setting out all of the facts upon which he relied in finding that the appellant did have the requisite intent for murder.

35 In light of the fact that this Court has established a new framework for the relevance of intoxication evidence, the issue of whether the appellant had the requisite intent is better left for the new trial judge or jury who will be in a better position to assess the evidence. Moreover, counsel for the defence and Crown may decide that additional evidence should be introduced given that the issue is no longer solely one of capacity but rather intent in fact.

36 I would therefore conclude that the verdict regarding Harley McMaster was not unreasonable and dismiss this ground of appeal.

IV. Disposition

37 In conclusion, I am of the view that the trial judge's misdirection on the law of intoxication constituted an error of law. The respondent has not raised s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* in argument. As I held in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at p. 17, "[t]he Crown has the burden of showing that this provision is applicable. . . . This Court cannot apply it *proprio motu*." Moreover, for the reasons stated in *Robinson*, I am of the view that the curative proviso should not be applied in this type of a case. Consequently, I would allow the appeal, quash the convictions and order a new trial for both appellants.

The following are the reasons delivered by

38 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the opportunity to read the reasons of Chief Justice Lamer and I agree with his conclusion that the trial judge in this case misdirected himself with respect to the evidence of intoxication. The trial judge appears to have proceeded on the basis that evidence of intoxication could not be considered unless it reached a

cation. À mon avis, il n'a pas commis d'erreur en n'exposant pas tous les faits sur lesquels il s'était appuyé pour conclure que l'appellant avait l'intention requise pour commettre un meurtre.

Vu que notre Cour a établi un nouveau cadre pour l'examen de la pertinence d'une preuve d'intoxication, il est préférable de laisser le soin de décider si l'appellant avait l'intention requise au juge ou au jury du nouveau procès, qui sera mieux placé pour apprécier la preuve. De plus, il se peut que l'avocat de la défense et le ministère public décident que des éléments de preuve additionnels devraient être déposés, étant donné que la question en litige est non plus seulement une question de capacité, mais plutôt une question d'intention de fait.

Je suis donc d'avis de conclure que le verdict prononcé à l'égard de Harley McMaster n'est pas déraisonnable, et de rejeter ce moyen d'appel.

IV. Dispositif

En conclusion, je suis d'avis qu'en s'instruisant mal du droit en matière d'intoxication, le juge du procès a commis une erreur de droit. L'intimée n'a pas mentionné le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* dans son argumentation. Comme je l'ai conclu dans *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, à la p. 17, «[l]a Couronne a le fardeau de démontrer que cette disposition est applicable [. . .] Cette Cour ne saurait l'invoquer *proprio motu*.» De plus, pour les motifs exposés dans l'arrêt *Robinson*, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice dans ce type d'affaire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès pour les deux appelants.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer et je suis d'accord avec sa conclusion que le juge du procès, en l'espèce, s'est donné de mauvaises directives en droit en ce qui concerne la preuve d'intoxication. Le juge du procès paraît avoir tenu pour acquis que la preuve d'intoxication ne pouvait pas être prise

level at which the accused was no longer capable of forming the specific intent required to commit the offence. In so doing, the trial judge fell into error. For the reasons I give in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, evidence of intoxication may be considered, together with all of the other evidence, in determining whether the accused had the requisite specific intent.

Both at trial and at the hearing of this appeal, Crown counsel conceded that there was sufficient evidence of intoxication to give an air of reality to the theory that the accused may have acted without intent. Before this Court, the Crown also expressly declined to rely on s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which otherwise would have allowed us to consider whether, in spite of the trial judge's misdirection, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred in this case. For these reasons, this Court has no option but to allow the appeal and order a new trial for both appellants.

There is, however, one additional matter on which I must comment. The Chief Justice, after reaching the conclusion that the trial judge misdirected himself on the issue of intoxication, goes on to address the question of whether a trial judge, sitting alone, has the obligation to set out the propositions of law upon which the verdict rests. This issue was addressed in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, and *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752, in which we held that the absence of reasons is not, in itself, a ground of appeal. The Chief Justice now expresses the view, at para. 27, that, "where it appears that the law is unsettled, it would be wise for a trial judge to write reasons setting out the legal principles upon which the conviction is based so that an error may be more easily identified, if error there be". I do not doubt that it is always wise for a trial judge to provide reasons. However, I wish to emphasize that the Chief Justice's statement refrains, and rightly so, from imposing any

en considération à moins que le degré d'intoxication de l'accusé n'ait été élevé au point de le rendre incapable de former l'intention spécifique requise pour commettre l'infraction. Ce faisant, le juge du procès a commis une erreur. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, la preuve d'intoxication peut être prise en considération, avec tous les autres éléments de preuve, pour déterminer si l'accusé avait l'intention spécifique requise.

Tant au procès qu'à l'audition du présent pourvoi, le substitut du procureur général a reconnu que la preuve d'intoxication était suffisante pour conférer une vraisemblance à la thèse selon laquelle il se peut que les accusés aient agi de manière non intentionnelle. Devant notre Cour, le ministère public a aussi expressément refusé d'invoquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui, autrement, aurait permis de déterminer si, en dépit du fait que le juge du procès se soit donné de mauvaises directives en droit, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits en l'espèce. Pour ces motifs, la Cour n'a d'autre choix que d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès pour les deux appellants.

Il y a, toutefois, une autre question que je me dois de commenter. Le Juge en chef, après avoir conclu que le juge du procès s'était donné de mauvaises directives en droit sur la question de l'intoxication, examine ensuite la question de savoir si le juge du procès, siégeant seul, est tenu d'exposer les principes de droit sur lesquels se fonde le verdict. Cette question a été examinée dans les arrêts *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, et *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752, où nous avons statué que l'absence de motifs ne justifie pas en soi un appel. Le Juge en chef exprime maintenant l'avis, au par. 27, que «[lorsqu']il appert que le droit est incertain, il serait sage que le juge du procès rédige des motifs exposant les principes juridiques sur lesquels se fonde la déclaration de culpabilité, de manière que toute erreur qui peut s'être glissée puisse être identifiée plus facilement». Je n'ai aucun doute qu'il est toujours sage que le juge du procès donne des motifs. Cependant, je tiens à sou-

legal obligation on the trial judge to give detailed reasons in every case.

ligner que, dans son énoncé, le Juge en chef s'abstient, à juste titre, d'imposer au juge du procès quelque obligation juridique d'exposer des motifs détaillés dans chaque cas.

41 I would dispose of the appeal in the manner proposed by the Chief Justice.

Je statuerai sur le pourvoi de la manière proposée par le Juge en chef.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant Randy Andre McMaster: Singleton, Urquhart, Macdonald, Calgary.

Procureurs de l'appellant Randy Andre McMaster: Singleton, Urquhart, Macdonald, Calgary.

Solicitor for the appellant Harley Howard McMaster: James L. F. Gladstone, Stand Off, Alberta.

Procureur de l'appellant Harley Howard McMaster: James L. F. Gladstone, Stand Off, Alberta.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Timothy Randall Lemky *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEMKY

File No.: 24454.

1995: December 8; 1996: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Mens rea — Murder — Drunkenness — Evidence that accused drunk when victim shot — Jury not instructed on separate defence of want of intent to kill because too intoxicated to appreciate probable consequences of act — Threshold necessary to permit jury to consider reduction to lesser included offence — Whether jury should have been instructed on drunkenness as separate defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

The accused fatally shot his companion during a domestic argument and was convicted of second degree murder. He had maintained at trial that the gun had gone off by accident. Evidence was conflicting as to his state of inebriation at the time: the police noted several physical characteristics of drunkenness and a breathalyzer taken shortly after his arrest registered .130. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. The issue on this appeal is whether the trial judge should have instructed the jury on the separate defence that the accused did not possess the necessary legal intention to kill his companion because he was too intoxicated to appreciate the probable consequences of his acts. If accepted, this defence would have resulted in a conviction for manslaughter instead of murder.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ: The trial

Timothy Randall Lemky *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEMKY

N° du greffe: 24454.

1995: 8 décembre; 1996: 21 mars.

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

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

Droit criminel — Mens rea — Meurtre — Ivresse — Preuve que l'accusé était ivre lorsqu'il a fait feu sur la victime — Jury n'ayant reçu aucune directive sur le moyen de défense distinct voulant qu'il y ait eu absence d'intention de tuer en raison d'un état d'ébriété trop avancé pour pouvoir apprécier les conséquences probables d'un acte — Critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour que le jury puisse examiner l'opportunité de rendre un verdict de culpabilité d'infraction moindre incluse — Le jury aurait-il dû recevoir des directives sur l'ivresse en tant que moyen de défense distinct? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

Au cours d'une querelle domestique, l'accusé a fait feu sur sa conjointe, l'atteignant mortellement. Il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Au procès, il a soutenu que le coup était parti accidentellement. La preuve relative à son état d'ébriété au moment de l'homicide était contradictoire: la police a remarqué chez l'accusé plusieurs signes d'ivresse et lui a fait subir, peu après son arrestation, un alcootest qui a révélé une alcoolémie de 0,130. Un appel devant la Cour d'appel a été rejeté. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le juge du procès aurait dû donner au jury des directives sur le moyen de défense distinct voulant que l'accusé n'ait pas eu l'intention, requise par la loi, de tuer sa compagne parce qu'il était trop ivre pour apprécier les conséquences probables de ses actes. S'il avait été accepté, ce moyen de défense aurait entraîné une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire au lieu d'une déclaration de culpabilité de meurtre.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et

judge must instruct the jury on any defence that on the evidence has an air of reality. The threshold test is met when there is an evidentiary basis for the defence which, if believed, would allow a reasonable jury properly instructed to acquit.

The *Beard* test (*Director of Public Prosecutions v. Beard*) no longer governs. Drunkenness may afford a defence where the evidence falls short of reasonably supporting the inference that the accused lacked the capacity to form the intent required by the relevant *Criminal Code* provision. The jury must be instructed that the ultimate issue is whether they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused actually intended the consequences of his or her act.

The threshold for putting the defence to the jury must be evidence sufficient to permit a reasonable inference that the accused did not in fact foresee the consequences of his or her act. While capacity and actual intent may be related, cases exist where evidence, which falls short of establishing that the accused lacked the capacity to form the intent, may still leave the jury with a reasonable doubt that the accused did in fact foresee the likelihood of death when the offence was committed.

The evidence was insufficient to raise a reasonable inference that the accused did not foresee the consequences of his act.

Per L'Heureux-Dubé J.: General agreement, subject to the reasons in *R. v. Robinson*, was expressed for the reasons of McLachlin J.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; **referred to:** *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. v. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.

Major: Le juge du procès doit donner au jury des directives sur tout moyen de défense vraisemblable d'après la preuve. On satisfait au critère préliminaire lorsque la preuve justifie un moyen de défense qui, si on y ajoutait foi, permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de prononcer l'acquiescement.

Le critère de l'arrêt *Beard* (*Director of Public Prosecutions c. Beard*) ne s'applique plus. L'ivresse peut constituer un moyen de défense dans les cas où la preuve ne permet pas raisonnablement de déduire que l'accusé n'avait pas la capacité de former l'intention requise par la disposition pertinente du *Code criminel*. Il faut dire au jury qu'il s'agit, en définitive, de savoir s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a véritablement voulu les conséquences de son acte.

Le critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury doit être une preuve suffisante pour pouvoir déduire raisonnablement que l'accusé n'a pas, en fait, prévu les conséquences de son acte. Bien que la capacité et l'intention véritable puissent être liées, il y a des circonstances où des éléments de preuve, insuffisants pour établir que l'accusé n'avait pas la capacité de former l'intention, peuvent quand même amener le jury à douter raisonnablement que, lorsque l'infraction a été commise, l'accusé prévoyait, en fait, que la mort serait susceptible de s'ensuivre.

La preuve était insuffisante pour pouvoir déduire raisonnablement que l'accusé n'avait pas prévu les conséquences de son acte.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs du juge McLachlin sont généralement acceptés, sous réserve des motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Robinson*.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; **arrêts mentionnés:** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. c. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a)(i), (ii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 17 B.C.A.C. 71, 29 W.A.C. 71, dismissing an appeal from conviction by Scarth J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Adrian Brooks, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

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

MCLACHLIN J. —

Introduction

The appellant, Timothy Randall Lemky, stands convicted of second degree murder of his live-in companion in Hazelton, British Columbia. Lemky shot her in the neck in the course of an argument. At the trial, he maintained that the gun had gone off by accident. The jury rejected that defence and found him guilty of murder. The issue on this appeal is whether the trial judge should have instructed the jury on the separate defence that Lemky did not possess the necessary legal intention to kill his companion because he was too intoxicated to appreciate the probable consequences of his acts. If accepted, this defence would have resulted in a conviction for manslaughter instead of murder.

The Facts

On the evening of October 21, 1989, the appellant Timothy Lemky and his live-in companion, Michelle Cummins, were visited at their residence by three friends, Daniel Valachy, Mike Glover and Heidi Lemky. At about 7:45, after helping Timothy Lemky to install some wall panelling in the living

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a)(i), (ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 17 B.C.A.C. 71, 29 W.A.C. 71, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarth, siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Adrian Brooks, pour l'appellant.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

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

LE JUGE MCLACHLIN —

Introduction

L'appellant, Timothy Randall Lemky, a été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa conjointe à Hazelton (Colombie-Britannique). Lemky lui a tiré une balle dans le cou au cours d'une dispute. Au procès, il a soutenu que le coup était parti accidentellement. Le jury a rejeté ce moyen de défense et l'a déclaré coupable de meurtre. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le juge du procès aurait dû donner au jury des directives sur le moyen de défense distinct voulant que Lemky n'ait pas eu l'intention, requise par la loi, de tuer sa compagne parce qu'il était trop ivre pour apprécier les conséquences probables de ses actes. S'il avait été accepté, ce moyen de défense aurait entraîné une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire au lieu d'une déclaration de culpabilité de meurtre.

Les faits

Au cours de la soirée du 21 octobre 1989, l'appellant Timothy Lemky et sa conjointe, Michelle Cummins, ont reçu la visite à leur résidence de trois amis, à savoir Daniel Valachy, Mike Glover et Heidi Lemky. Vers 19 h 45, après que Timothy Lemky eut installé, avec l'aide de ses amis, des

room, the group began drinking from a 40 oz. bottle of Gibson's whisky "with a drink or two" out of it which Daniel Valachy had brought along with him. Heidi Lemky and Mike Glover left at about 8:00 p.m. By 9:30, the entire bottle had been consumed, mainly by Timothy Lemky and Daniel Valachy. Shortly before ten, Timothy Lemky and Michelle Cummins left the house together and went to a local Oktoberfest dance. An hour or so later, the couple left the dance and returned home. Shortly before eleven o'clock, Lemky telephoned his mother, told her that Michelle Cummins was dead, and asked her to call the police. At 11:04, he himself called the police. He said, "My name is Randy Lemky and there has been a manslaughter here." Asked whether he was involved, he said, "Yes, I am. I am the one to blame. Yes, I am." He told the operator that he had used a 30.30 rifle and said, "It was an accident." He went on to say, "I just meant to make a point." As the call was taking place, the police arrived at the house. Lemky walked out the front door and said, "It's all over. It's all over. Nothing will bring her back."

3 Later, at the police station, Lemky volunteered this comment:

We were arguing, we had done this before, and I just went and got my rifle and there was a bullet in it, I didn't think it was loaded, and it went off. I went and tried to help her. I couldn't do anything for her.

After taking breathalyzer tests, the police took a further statement at 11:49, in which Lemky gave a complete account of the killing. After describing the argument, he said:

So, we argued and we .. I had done as much as I could do, physically trying to make the point. I reached up on the wall and I took the rifle down. The rifle was a game, the rifle was a toy, it meant nothing. All of a sudden, I was playing with the rifle. My girlfriend was there, and the gun went off. Next thing I knew, I was grasping her

panneaux muraux dans la salle de séjour, le groupe a commencé à boire une bouteille de 40 onces de whisky Gibson que Daniel Valachy avait apportée et [TRADUCTION] «qui était légèrement entamée». Heidi Lemky et Mike Glover sont partis vers 20 h. À 21 h 30, toute la bouteille avait été bue, principalement par Timothy Lemky et Daniel Valachy. Peu avant 22 h, Timothy Lemky et Michelle Cummins sont partis ensemble et se sont rendus à une soirée dansante locale du genre Oktoberfest. Environ une heure plus tard, ils ont quitté les lieux et sont retournés chez eux. Peu avant 23 h, Lemky a téléphoné à sa mère et lui a demandé d'appeler la police après lui avoir dit que Michelle Cummins était morte. À 23 h 04, il a lui-même appelé la police. Il a dit: [TRADUCTION] «Je m'appelle Randy Lemky et quelqu'un a été tué ici.» À la question de savoir s'il était impliqué dans cette histoire, il a répondu: [TRADUCTION] «Oui, c'est moi le responsable. Oui, c'est moi.» Il a dit à son interlocuteur qu'il avait utilisé une carabine de calibre 30.30 et il a affirmé: [TRADUCTION] «C'est un accident.» Il a ajouté: [TRADUCTION] «Je voulais juste me faire comprendre.» Les policiers sont arrivés à la maison pendant qu'il était encore au téléphone. Lemky est sorti par la porte principale et a dit: [TRADUCTION] «C'est fini. C'est fini. On ne peut plus rien faire pour elle.»

Plus tard, au poste de police, Lemky a volontairement fait le commentaire suivant:

[TRADUCTION] Nous nous disputons, comme cela nous était déjà arrivé, et je suis juste allé chercher ma carabine et elle était chargée; je ne croyais pas qu'elle était chargée et le coup est parti. Je me suis approché d'elle et j'ai essayé de la secourir. Je ne pouvais rien faire pour elle.

Après lui avoir fait subir un alcootest, la police a noté une autre déclaration à 23 h 49, dans laquelle Lemky a fait le récit complet de l'homicide. Après avoir raconté la dispute, il a affirmé:

[TRADUCTION] Alors, nous nous sommes disputés et nous [. . .] J'avais fait tout ce que je pouvais faire, essayant physiquement de lui faire comprendre. J'ai allongé le bras vers le mur et j'ai saisi la carabine. Ce n'était qu'un jeu, la carabine n'était qu'un jouet, ça ne voulait rien dire. Tout à coup, je me suis mis à jouer

in my arms and the blood was, the blood was coming out .. and I was crying and I was screaming for help.

The next day at 1:07 p.m., the appellant gave a second exculpatory statement, this time explaining that the gun had been accidentally knocked to the floor and went off accidentally as he was trying to pick it up. There was evidence that the rifle was, as a matter of course, kept loaded in the bedroom.

The evidence on the appellant's state of inebriation before the shooting was conflicting. Some saw him as loud and obnoxious at the dance. The bartender at the dance served Lemky some beer and noticed that "he had had a few drinks before that". Another witness testified that the appellant showed no signs of intoxication, and seemed "very straight". At 11:03, immediately after the shooting, the police noted alcohol on his breath and that his eyes were watery and bloodshot. The breathalyzer test taken about three-quarters of an hour later showed a reading of 130 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood. When asked about his consumption of alcohol that evening in the course of his initial interview with the police following the shooting, Lemky responded that he had consumed about one-half of the bottle of whisky brought by Valachy, followed by about three more drinks at the dance, and said, "Oh, uh, I had quite a bit to drink."

The Courts Below

The defence relied on accident in seeking the acquittal of the appellant. In defence counsel's submission to the jury, intoxication was presented only as a factor relevant to the likelihood of an accident having occurred.

The trial judge did not instruct the jury on the law relating to intoxication in crimes of specific intent, confining his remarks on intoxication to its bearing on the defence of accident: "the accused showed signs of being drunk. He was clumsy and

avec la carabine. Ma petite amie était là, et le coup est parti. Puis, la première chose dont je me souviens, c'est que je la serrais dans mes bras et que son sang, son sang coulait [. . .] et je pleurais et je criais à l'aide.

Le lendemain, à 13 h 07, l'appelant a fait une seconde déclaration disculpatoire en expliquant, cette fois, que la carabine avait heurté accidentellement le sol et que le coup était parti accidentellement au moment où il essayait de la saisir. Il a été établi en preuve que la carabine était habituellement gardée chargée dans la chambre à coucher.

La preuve relative à l'état d'ébriété de l'appelant avant la fusillade est contradictoire. Certaines personnes qui l'ont vu à la soirée dansante ont dit qu'il était alors tapageur et désagréable. Le barman a servi de la bière à Lemky et a remarqué qu'[TRADUCTION] «il n'en était pas à son premier verre». Un autre témoin a affirmé que l'appelant ne montrait aucun signe d'intoxication et qu'il avait l'air [TRADUCTION] «tout à fait normal». À 23 h 03, juste après la fusillade, les policiers ont noté qu'il sentait l'alcool et que ses yeux étaient larmoyants et injectés de sang. L'alcootest auquel il a été soumis environ 45 minutes plus tard a indiqué la présence de 130 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Lorsque, au cours de la première entrevue qu'il a eu avec la police après la fusillade, on lui a demandé combien d'alcool il avait consommé ce soir-là, Lemky a répondu qu'il avait consommé environ la moitié de la bouteille de whisky apportée par Valachy, puis environ trois autres verres pendant la soirée dansante, et il a dit: [TRADUCTION] «Oh, euh, j'en avais pas mal pris.»

Les tribunaux d'instance inférieure

La défense a allégué l'accident dans le but de faire acquitter l'appelant. Dans sa plaidoirie au jury, l'avocat de la défense a affirmé que l'intoxication n'était qu'un facteur pertinent quant à la probabilité d'un accident.

Le juge du procès n'a pas donné de directives au jury sur le droit relatif à l'intoxication en matière de crimes exigeant une intention spécifique, limitant ses remarques, concernant l'intoxication, à son incidence sur la défense d'accident: [TRADUCTION]

4

5

6

distracted by the argument he was having with Miss Cummins”.

«l'accusé montrait des signes d'ivresse. Sa querelle avec M^{lle} Cummins l'a affolé et rendu maladroït».

7 The trial judge's only reference to intoxication in relation to intent was the following observation:

Le juge du procès n'a fait qu'un seul commentaire sur le lien entre l'intoxication et l'intention:

You are not exclusively restricted to the particular defence of accident in deciding whether or not the accused should be found guilty of murder or guilty of manslaughter. All of the evidence is available for you to consider.

[TRADUCTION] Vous n'avez pas à vous en tenir exclusivement à la défense d'accident qui a été invoquée, pour décider si l'accusé devrait être déclaré coupable de meurtre ou coupable d'homicide involontaire. Vous pouvez prendre en considération toute la preuve.

8 On intent, the trial judge advised the jury:

Sur la question de l'intention, le juge du procès a donné la directive suivante au jury:

If you decide that Miss Cummins' death would be a natural consequence of the accused's actions, you are entitled to conclude that he intended to kill her by those actions. However, you are not required to make this conclusion. You may decide that the accused did not intend to kill Miss Cummins, even though her death was a natural consequence of his actions. In the end you will have to consider all of the surrounding circumstances, including what the accused said and did. In order to decide whether the Crown has proved that the accused did in fact mean to cause the death of Miss Cummins, and before you can find that the accused had the necessary criminal intent, you must be satisfied beyond a reasonable doubt that this intent is the only reasonable inference to be drawn from the proven facts. Remember that the question for you to decide is: What did the accused in fact intend? On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not the accused actually intended or meant to cause the death of Miss Cummins, you must consider whether or not the Crown has proved this ingredient the second way.

[TRADUCTION] Si vous décidez que la mort de M^{lle} Cummins était la conséquence naturelle des actes de l'accusé, vous pourrez conclure qu'il a eu l'intention de la tuer en accomplissant ces actes. Toutefois, vous n'êtes pas tenus de tirer cette conclusion. Vous pouvez décider que l'accusé n'a pas eu l'intention de tuer M^{lle} Cummins, même si sa mort était une conséquence naturelle de ses actes. En définitive, vous devrez prendre en considération toutes les circonstances ayant entouré le crime, y compris ce que l'accusé a dit et fait. Pour décider si le ministère public a prouvé que l'accusé a bel et bien voulu causer la mort de M^{lle} Cummins, et pour que vous puissiez conclure que l'accusé avait l'intention criminelle nécessaire, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que cette intention est la seule conclusion raisonnable qui puisse être tirée des faits établis. Souvenez-vous que la question à laquelle vous devez répondre est la suivante: Quelle était en fait l'intention de l'accusé? Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a vraiment eu l'intention de causer la mort de M^{lle} Cummins, vous devez vous demander si le ministère public a établi cet élément de la deuxième façon.

9 The appellant appealed to the Court of Appeal of British Columbia ((1992), 17 B.C.A.C. 71). He argued that the trial judge erred in failing to charge the jury that the appellant's state of intoxication at the material times could leave them with a reasonable doubt as to whether he possessed the necessary intent to commit murder. Such an instruction, he contended, might have led the jury to deliver a verdict of manslaughter rather than murder. The Court of Appeal agreed that it is the duty of a trial judge to instruct the jury on all available defences whether or not the defence raises them, but con-

L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1992), 17 B.C.A.C. 71). Il a fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en ne disant pas, dans ses directives aux jurés, que l'état d'intoxication de l'appelant pendant la période pertinente pouvait faire naître chez eux un doute raisonnable quant à savoir si celui-ci avait eu l'intention nécessaire pour commettre un meurtre. Il a soutenu qu'une telle directive aurait pu amener le jury à rendre un verdict d'homicide involontaire coupable au lieu d'un verdict de meurtre. La Cour d'appel a con-

cluded that the evidence was insufficient to give an air of reality to the defence of drunkenness. It followed that the trial judge did not err in failing to charge the jury on the defence of drunkenness.

venu qu'il était du devoir du juge du procès de donner au jury des directives sur tous les moyens de défense possibles, peu importe qu'ils aient été invoqués ou non, mais elle a conclu que la preuve n'était pas suffisante pour conférer une vraisemblance à la défense d'ivresse. Il s'ensuivait que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en ne donnant pas au jury des directives sur la défense d'ivresse.

Legislation

The relevant provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, reads as follows:

229. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

La loi

La disposition pertinente du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est rédigée ainsi:

229. L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) la personne qui cause la mort d'un être humain:

(i) ou bien a l'intention de causer sa mort,

(ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

The Issue

The issue in this case is when a trial judge must leave the defence of drunkenness vitiating intent to the jury. To put it another way, what is the threshold for permitting the jury to consider whether to reduce murder to manslaughter on account of drunkenness?

La question en litige

Il s'agit en l'espèce de savoir quand le juge du procès doit laisser au jury le soin d'apprécier la défense d'absence d'intention pour cause d'ivresse. Autrement dit, à quel critère préliminaire faut-il satisfaire pour permettre au jury d'examiner s'il y aurait lieu de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable au lieu d'un verdict de meurtre lorsque l'ivresse est invoquée en défense?

Analysis

It is common ground that the trial judge must instruct the jury on any defence that on the evidence has "an air of reality": *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. The threshold test is met when there is an evidentiary basis for the defence which, if believed, would allow a reasonable jury properly instructed to acquit. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Analyse

Il est admis que le juge du procès doit donner au jury des directives sur tout moyen de défense «vraisemblable» d'après la preuve: *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. On satisfait au critère préliminaire lorsque la preuve justifie un moyen de défense qui, si on y ajoutait foi, permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de prononcer l'acquittement. Voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

10

11

12

13

The Court of Appeal in this case applied the rule in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479, at pp. 500-502, which it had recently followed in *R. v. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, holding that the defence of intoxication vitiating intent does not arise unless there is sufficient evidence to show that the accused's capacity to form the intent to kill may have been impaired. On this view, intoxication that is not sufficient to affect the accused's capacity to form intent is immaterial and need not be put to the jury.

14

The appellant submits that evidence of intoxication falling short of proving incapacity may still be relevant in determining whether he in fact possessed the necessary intent under s. 229(a)(ii) of the *Code*. He relies on the recent decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403, released following the Court of Appeal's judgment in this case, which held that restricting consideration of evidence of intoxication to the accused's capacity to form the requisite intent infringed his right to the presumption of innocence as enshrined in s. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant accepts that the evidence here may have been insufficient to cast doubt on his capacity to form the necessary intent, but he argues that it was sufficient to warrant an instruction on its continuing relevance to his actual intent.

15

In order to resolve the issue, it is necessary to determine whether the *Beard* capacity test should determine the evidentiary threshold for instructing a jury on the defence of drunkenness as it relates to crimes of specific intent, or whether drunkenness may additionally afford a defence in circumstances where the evidence falls short of reasonably supporting the inference that the accused lacked the capacity to form the intent required by the relevant *Code* provision. This issue is resolved by the Chief Justice's reasons in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, released concurrently, with which I agree. The *Beard* test no longer governs. As the

La Cour d'appel a appliqué, en l'espèce, la règle de l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479, aux pp. 500 à 502, qu'elle avait récemment suivie dans *R. c. Korzepa* (1991), 64 C.C.C. (3d) 489, en statuant que la défense d'absence d'intention pour cause d'intoxication ne peut être invoquée à moins qu'il n'y ait suffisamment d'éléments de preuve pour établir que la capacité de l'accusé de former l'intention de tuer a pu être compromise. Selon ce point de vue, l'intoxication qui n'est pas suffisante pour affecter la capacité de l'accusé de former une intention n'est pas pertinente et n'a pas à être soumise à l'appréciation du jury.

L'appelant soutient qu'une preuve d'intoxication qui n'est pas suffisante pour établir l'incapacité peut quand même être pertinente pour déterminer s'il avait en fait l'intention nécessaire en vertu du sous-al. 229a)(ii) du *Code*. Il invoque l'arrêt récent *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403, que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu après son arrêt en l'espèce, et dans lequel on a statué que restreindre la prise en considération de la preuve d'intoxication à la capacité de l'accusé de former l'intention requise violait son droit à la présomption d'innocence garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant accepte que la preuve en l'espèce peut avoir été insuffisante pour jeter le doute sur sa capacité de former l'intention requise, mais il allègue qu'elle était suffisante pour justifier une directive sur le fait qu'elle était toujours pertinente en ce qui concernait son intention véritable.

Pour résoudre la question, il faut déterminer si le critère de capacité dégagé dans l'arrêt *Beard* devrait être utilisé pour déterminer le seuil en matière de preuve qui doit être atteint pour donner à un jury des directives sur la défense d'ivresse dans les cas de crimes exigeant une intention spécifique, ou encore pour décider si l'ivresse peut en outre constituer un moyen de défense dans les cas où la preuve ne permet pas raisonnablement de déduire que l'accusé n'avait pas la capacité de former l'intention requise par la disposition pertinente du *Code*. Cette question est réglée dans les motifs, auxquels je souscris, que le Juge en chef a rédigés

Chief Justice observes, the jury must be instructed that the ultimate issue is whether they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused actually intended the consequence of his or her act. Beyond this, ritualistic formulae are misplaced. In many cases, the trial judge may find it useful to direct the jury to consider capacity as a preliminary step in the ultimate inquiry. In others, the trial judge may not. The nature of the case dictates what direction should be given. While the two-stage direction is sometimes helpful, a separate charge on capacity is not a legal requirement and its absence will not generally constitute reversible error. In the final analysis, the jury must (1) understand that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused, at the time of the offence, actually foresaw the natural consequences of his or her act, i.e., the death of the victim, and (2) understand how the evidence in the case relates to this legal requirement.

Against this background, I come to the issue which is fundamental to the determination of this appeal — the threshold for when a jury must be directed on drunkenness relating to intent. Under the *Beard* rules, capacity to form the necessary intent marked the threshold. Only if the evidence of drunkenness was reasonably capable of supporting an inference that the accused lacked the capacity to foresee the natural consequences of his or her act was it necessary to leave it to the jury with the appropriate instruction. The emphasis in modern jurisprudence on actual intent as the ultimate issue argues against perpetuating capacity as the appropriate signpost informing the trial judge when the jury must be instructed on the defence of drunkenness. If the real question is whether the accused was prevented by drunkenness from actually foreseeing the consequences of his or her act, it follows that the threshold for putting the defence to the jury must be evidence sufficient to permit a reasonable inference that the accused did not in

dans l'arrêt *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, rendu simultanément. Le critère de l'arrêt *Beard* ne s'applique plus. Comme le fait remarquer le Juge en chef, il faut dire au jury qu'il s'agit, en définitive, de savoir s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a véritablement voulu les conséquences de son acte. Au-delà de cela, les formules rituelles sont déplacées. Dans bien des cas, le juge du procès peut trouver utile de dire au jury de considérer la capacité comme une étape préliminaire de l'examen de la question qu'il faut trancher en définitive. Dans d'autres cas, le juge du procès peut estimer inutile de le faire. C'est la nature de l'affaire qui dicte les directives à donner. Bien que l'exposé en deux temps soit parfois utile, des directives distinctes sur la capacité ne sont pas une exigence légale et leur absence ne constituera pas généralement une erreur justifiant annulation. En fin de compte, le jury doit (1) comprendre que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que, au moment de la perpétration de l'infraction, l'accusé prévoyait véritablement les conséquences naturelles de son acte, c'est-à-dire la mort de la victime, et (2) saisir le rapport entre la preuve déposée et cette exigence légale.

Dans ce contexte, je passe à la question qui revêt une importance fondamentale pour statuer sur le présent pourvoi — le critère préliminaire applicable pour déterminer quand il faut donner au jury des directives sur l'ivresse relativement à l'intention. Selon les règles de l'arrêt *Beard*, la capacité de former l'intention nécessaire constituait le critère préliminaire. Il fallait soumettre la question à l'appréciation du jury, après lui avoir donné les directives appropriées, seulement dans le cas où la preuve d'ivresse permettait raisonnablement de déduire que l'accusé était incapable de prévoir les conséquences naturelles de son acte. Du fait que, dans la jurisprudence contemporaine, on insiste pour dire que l'intention véritable est la question qu'il faut trancher en définitive, la capacité ne devrait plus être considérée comme l'indice qui permet au juge du procès de déterminer s'il faut donner au jury des directives sur la défense d'ivresse. Si la vraie question est de savoir si l'accusé était, en raison de son état d'ébriété, dans

fact foresee those consequences. While capacity and actual intent may be related, it is possible to envisage cases where evidence which falls short of establishing that the accused lacked the capacity to form the intent, may still leave the jury with a reasonable doubt that, when the offence was committed, the accused in fact foresaw the likelihood of death. In such a case, the defence must be put to the jury, notwithstanding that the *Beard* threshold is not met.

17 This then is the legal standard by which the charge at issue on this appeal must be judged. The question is whether the evidence of drunkenness was sufficient to permit a reasonable inference that the accused may not in fact have foreseen that his act of firing the gun at the deceased would cause her death.

Application of the Law to this Appeal

18 As discussed earlier, the trial judge did not instruct the jury on the defence of drunkenness reducing murder to manslaughter. Like counsel for the defence, he was content to put the case to the jury on the basis of accident. The Court of Appeal correctly observed that the trial judge has a duty to put to the jury defences which are raised on the evidence, even where counsel for the defence does not raise them. However, applying the *Beard* test, it ruled that the evidence was insufficient to raise the defence of drunkenness reducing murder to manslaughter, and hence that the trial judge was right not to put it to the jury.

l'impossibilité de prévoir véritablement les conséquences de son acte, il s'ensuit que le critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour soumettre ce moyen de défense à l'appréciation du jury doit être une preuve suffisante pour pouvoir déduire raisonnablement que l'accusé n'a pas, en fait, prévu ces conséquences. Bien que la capacité et l'intention véritable puissent être liées, il est possible d'envisager des circonstances où des éléments de preuve insuffisants pour établir que l'accusé n'avait pas la capacité de former l'intention pourraient quand même amener le jury à douter raisonnablement que, lorsque l'infraction a été commise, l'accusé prévoyait, en fait, que la mort serait susceptible de s'ensuivre. Dans de telles circonstances, le moyen de défense doit être soumis à l'appréciation du jury, même s'il n'a pas été satisfait au critère préliminaire de l'arrêt *Beard*.

Ceci est donc la norme juridique qui doit servir à juger les directives contestées dans le présent pourvoi. Il s'agit de savoir si la preuve d'ivresse était suffisante pour pouvoir déduire raisonnablement qu'il se pouvait que l'accusé n'ait pas en fait prévu que le geste qu'il a posé en faisant feu sur la victime causerait sa mort.

Application du droit au présent pourvoi

Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge du procès n'a pas donné au jury des directives sur la possibilité qu'une défense d'ivresse permette de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Comme l'a fait l'avocat de la défense, il s'est contenté de soumettre la preuve à l'appréciation du jury en la laissant reposer sur l'allégation d'accident. La Cour d'appel a fait observer à juste titre que le juge du procès a le devoir de soumettre à l'appréciation du jury les moyens de défense qui découlent de la preuve, même ceux qui ne sont pas invoqués par l'avocat de la défense. Cependant, appliquant le critère de l'arrêt *Beard*, elle a statué que la preuve était insuffisante pour invoquer la défense d'ivresse permettant de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable et que, par conséquent, le juge du procès avait eu raison de ne pas la soumettre à l'appréciation du jury.

On the law discussed above, was there sufficient evidence to permit a reasonable inference that the accused might not have known that shooting Michelle Cummins was likely to result in her death? Was the evidence sufficient, to use the common legal phrase, to give this defence an “air of reality”? Neither party disputes the conclusion of the Court of Appeal that the evidence was insufficient to raise a reasonable inference that the accused lacked the capacity to foresee the consequences of his act. The only question is whether, accepting the law as stated above, there was nevertheless sufficient evidence to permit a reasonable inference that, notwithstanding his capacity to foresee the consequences of his acts, the accused in fact did not foresee them. If there was, then the jury should have been instructed that if they entertained a reasonable doubt about this element of the offence they must acquit the accused of second degree murder and return a verdict of guilty of the included offence of manslaughter.

In my view, the evidence, considered most favourably for the accused, falls short of supporting such an inference. His blood alcohol level shortly after the shooting was only slightly over the legal limit for driving an automobile. He carried out purposeful actions both before and after the shooting, actions which ranged from ordering drinks at the dance beforehand to calling his mother and the police immediately afterward. His conduct before and after the shooting demonstrated an awareness of the consequences of what he was doing. This demonstrates that he in fact foresaw the consequences of what he was doing immediately before and after the shooting.

The next question is whether there is anything on the evidence to support the conclusion that, contrary to his state of mind before and after the shooting, the appellant at the moment of the shooting did not foresee the consequences of that particular act. In considering this question, it is important to analyze the evidence in relation to the theory of the defence on the particular facts of the

D’après le droit analysé précédemment, la preuve était-elle suffisante pour pouvoir déduire raisonnablement qu’il se pourrait que l’accusé n’ait pas su que faire feu sur Michelle Cummins serait de nature à causer sa mort? La preuve était-elle suffisante pour, selon l’expression juridique habituelle, conférer une «vraisemblance» à ce moyen de défense? Ni l’une ni l’autre partie ne conteste la conclusion de la Cour d’appel que la preuve était insuffisante pour pouvoir déduire raisonnablement que l’appelant n’avait pas la capacité de prévoir les conséquences de son acte. La seule question est donc de savoir si, compte tenu du droit exposé précédemment, la preuve était néanmoins suffisante pour pouvoir déduire raisonnablement que, malgré sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes, l’accusé ne les a pas prévues en fait. Le cas échéant, on aurait alors dû préciser au jury que, en cas de doute raisonnable sur cet élément de l’infraction, il devrait acquitter l’accusé de l’accusation de meurtre au deuxième degré et rendre un verdict de culpabilité de l’infraction incluse d’homicide involontaire.

À mon avis, la preuve, considérée sous l’angle le plus favorable à l’accusé, ne permet pas de faire une telle déduction. Son alcoolémie, peu après la fusillade, n’excédait que légèrement la limite fixée par la loi en matière de conduite d’une automobile. Tant avant qu’après la fusillade, il a accompli des actes réfléchis aussi variés que le fait d’avoir commandé des consommations pendant la soirée dansante ayant précédé l’épisode et le fait d’avoir appelé sa mère et la police immédiatement après. Sa conduite avant et après la fusillade démontrait qu’il était conscient des conséquences de ses actes. Cela démontre qu’il a effectivement prévu les conséquences de ce qu’il a fait immédiatement avant et après la fusillade.

Il s’agit ensuite de savoir si la preuve permet de conclure que, contrairement à son état d’esprit avant et après la fusillade, l’appelant, au moment de faire feu, n’a pas prévu les conséquences de cet acte en particulier. En examinant cette question, il est important d’analyser la preuve par rapport à la thèse de la défense quant aux faits particuliers de l’affaire. L’appelant a fait valoir, pour sa défense

case. The appellant's explanation for the shooting and his defence at trial was accident. That defence was properly put to the jury and the jury rejected it. Now, on appeal, the appellant asserts the quite different defence that he was too drunk to realize that shooting Michelle Cummins would cause her death. The *actus reus* of non-accidental, i.e., intentional, shooting is conceded for the purposes of this defence. The defence goes rather to *mens rea*. It asserts that, notwithstanding that the act of shooting was willed and deliberate, the fatal consequences of the act were by reason of drunkenness unforeseen by the appellant, and hence he lacked the subjective foresight of death required by s. 229(a)(ii) of the Code.

au procès, que le coup de feu était parti accidentellement. Ce moyen de défense a été régulièrement soumis à l'appréciation du jury, qui l'a rejeté. Maintenant, il invoque, en appel, un moyen de défense entièrement différent selon lequel il était trop ivre pour se rendre compte que faire feu sur Michelle Cummins entraînerait sa mort. L'existence de l'*actus reus* d'un coup de feu non accidentel, c'est-à-dire intentionnel, est reconnue aux fins de ce moyen de défense. La défense se tourne plutôt vers la *mens rea*. Elle affirme que, bien que l'acte consistant à faire feu ait été voulu et délibéré, l'appelant n'a pas prévu les conséquences fatales de cet acte en raison de son état d'ébriété, et qu'il n'a donc pas prévu subjectivement la mort comme l'exige le sous-al. 229a)(ii) du Code.

22

Was there, assuming the appellant to have deliberately shot Michelle Cummins, any evidence to support the inference that he was too drunk to know that this might cause her death? In my view, there was none. Viewed in the context of the appellant's intentional and purposive conduct before and after the act of pulling the trigger, the notion that he might not have known what the consequences of pulling the trigger were by reason of drunkenness has about it an air of unreality. There is nothing in the evidence of what happened at the moment of shooting to detract from this conclusion. The appellant never asserted that he shot Michelle Cummins without realizing or foreseeing that he would kill her; his defence was rather that he never shot her at all, but that the gun went off by accident. Moreover, the gun was of a type that required two separate muscular forces to be exerted in order to discharge a round; simply pulling the trigger was not enough. It had to be removed from the rack where it was stored, and, assuming a deliberate shooting, generally levelled or aimed at the deceased. These facts tend to belie the notion that, at that very moment of shooting Ms. Cummins, the appellant did not know that the shot would be likely to kill her. One searches in vain for any evidence which would indicate that despite his purposive actions proximal to the shooting, he failed to foresee the consequences of the shot itself. In short, there is nothing on the facts of this case which lends an air of reality to

En supposant que l'appelant a délibérément fait feu sur Michelle Cummins, y avait-il un élément de preuve qui permettait de déduire qu'il était trop ivre pour savoir que cela pourrait causer sa mort? À mon avis, il n'y en a aucun. Si on la considère à la lumière de la conduite intentionnelle que l'appelant a adoptée avant d'appuyer sur la gâchette et après l'avoir fait, l'idée qu'il n'ait peut-être pas su, en raison de son état d'ébriété, quelles seraient les conséquences de son acte devient invraisemblable. Aucun élément de preuve lié à ce qui s'est produit au moment du coup de feu ne permet de déroger à cette conclusion. L'appelant n'a jamais affirmé qu'il avait fait feu sur Michelle Cummins sans se rendre compte ni prévoir qu'il la tuerait; il a plutôt invoqué comme moyen de défense qu'il n'avait jamais fait feu sur elle, et que le coup était parti accidentellement. De plus, la carabine en cause était d'un type qui nécessitait deux exercices différents de force musculaire pour pouvoir faire feu; il ne suffisait pas d'appuyer simplement sur la gâchette. Il fallait retirer la carabine du support où elle était rangée et, dans l'hypothèse d'un coup de feu intentionnel, viser la victime. Ces faits tendent à contredire l'idée que, au moment même de faire feu sur M^{lle} Cummins, l'appelant ignorait que le coup la tuerait probablement. C'est en vain qu'on cherche un élément de preuve qui indiquerait que, malgré les actes intentionnels qu'il a accomplis peu avant et après le coup de feu, il n'a pas prévu les conséquences du coup de feu lui-même. Bref,

the defence that the appellant lacked the necessary *mens rea* for the offence of murder because intoxication prevented him from foreseeing that the act of shooting was likely to cause Ms. Cummins' death.

Although not established here, it remains that, in the proper case, evidence of intoxication which fails to demonstrate incapacity may still have an air of reality about it capable of leaving the jury with a reasonable doubt that the accused knew that death was likely to ensue from his or her actions. The defence commonly arises, for example, in the "barroom brawl" situation. A fight breaks out. One inebriated person strikes another. The *actus reus* and the intent to commit the act are established by the deliberate blow. But the knowledge component of the *mens rea* required by s. 229(a)(ii) may be put in doubt by evidence suggesting that the accused did not realize, by reason of his or her drunkenness, that the blow was likely to cause the death of the victim. In such a case, murder might well be reduced to manslaughter because the trier remained doubtful that the accused knew the probable consequences of his or her actions. The same cannot be said in the instant case, where there is nothing in the circumstances or the evidence to support the inference that the accused might have pulled the trigger without realizing, by reason of his drunkenness, that it might cause her death.

I conclude that the Court of Appeal did not err in holding that the trial judge did not err in failing to leave the defence of drunkenness vitiating the specific intent for murder to the jury.

Disposition

Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

rien, d'après les faits de la présente affaire, ne confère une vraisemblance au moyen de défense voulant que l'appelant n'ait pas eu la *mens rea* requise pour commettre un meurtre, parce que son état d'ébriété l'empêchait de prévoir que l'acte consistant à faire feu serait de nature à causer la mort de M^{lle} Cummins.

Même si ce n'est pas le cas en l'espèce, il reste que, dans des circonstances appropriées, la preuve d'intoxication qui n'est pas suffisante pour établir l'incapacité peut quand même avoir une vraisemblance susceptible de susciter dans l'esprit du jury un doute raisonnable que l'accusé savait que la mort s'ensuivrait probablement de ses actions. Ce moyen de défense est souvent invoqué, par exemple, dans le cas d'une «querelle de bar». Une bagarre éclate. Un homme ivre en frappe un autre. L'*actus reus* et l'intention d'accomplir l'acte sont établis par le coup intentionnellement porté. Mais la connaissance, en tant qu'élément de la *mens rea* requise par le sous-al. 229a)(ii), peut être mise en doute par une preuve qui donne à entendre que l'accusé ne s'est pas rendu compte, en raison de son état d'ébriété, que le coup porté serait de nature à causer la mort de la victime. Dans un tel cas, le meurtre pourrait bien être réduit à un homicide involontaire coupable parce que le juge des faits conserve un doute quant à savoir si l'accusé connaissait les conséquences probables de ses actes. On ne peut pas en dire autant dans la présente affaire où il n'y a rien, dans les circonstances ou dans la preuve, qui permette de déduire qu'il se pourrait que l'accusé ait appuyé sur la gâchette sans se rendre compte, en raison de son état d'ébriété, que cela pourrait causer la mort de la victime.

Je conclus que la Cour d'appel a eu raison de statuer que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne soumettant pas à l'appréciation du jury la défense d'absence, pour cause d'ivresse, de l'intention spécifique requise pour commettre un meurtre.

Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

23

24

25

The following are the reasons delivered by

26

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the opportunity to read the reasons of my colleague Justice McLachlin and, subject to my reasons in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, released concurrently, I generally agree with them. Therefore, I would dispose of this appeal in the manner proposed by McLachlin J.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Brooks, Purves, McKimm & Marshall, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue madame le juge McLachlin et, sous réserve de mes motifs dans l'arrêt *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, rendu simultanément, je suis généralement d'accord. En conséquence, je statuerai sur le présent pourvoi de la manière proposée par madame le juge McLachlin.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Brooks, Purves, McKimm & Marshall, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1996 Vol. 1

5^e cahier, 1996 Vol. 1

Cited as [1996] 1 S.C.R. 771-961

Renvoi [1996] 1 R.C.S. 771-961

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois 900

Corporations — Winding-up — Immovables in co-ownership — Indivision agreements concluded between undivided co-owners of immovables — Whether agreements valid and can be set up against liquidator — Whether clause providing for mandatory sale of defaulting undivided co-owner's share at 75 percent of market value can be set up against liquidator.

Property — Immovables in co-ownership — Indivision agreements — Validity — Effect of winding-up on obligations under agreements.

D. (J.L.) v. Vallée 893

Appeal — Interlocutory judgment — Leave to appeal refused by a judge of the Court of Appeal — Questions of public

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois 900

Compagnies — Liquidation — Immeubles en copropriété — Conventions d'indivision conclues entre propriétaires indivis d'immeubles — Ces conventions sont-elles valides et opposables au liquidateur? — La clause de vente obligatoire à 75 pour 100 de la valeur marchande de la part d'un copropriétaire indivis en défaut est-elle opposable au liquidateur?

Biens — Immeubles en copropriété — Conventions d'indivision — Validité — Effet d'une liquidation sur les obligations contenues dans ces conventions.

D. (J.L.) c. Vallée 893

Appel — Jugement interlocutoire — Permission d'en appeler refusée par un juge de la Cour d'appel — Questions d'impor-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

importance and interest raised by judgment at first instance — Decision refusing leave to appeal reversed.

Martin v. Beaudry 898

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Parole revoked — Detention — Application for writ of *habeas corpus* dismissed.

R. v. Badger 771

Indians — Treaty rights — Hunting on privately owned land in tract ceded by treaty — Violations of Wildlife Act — Whether status Indians have right to hunt for food on privately owned land lying within tract ceded by treaty — Whether hunting rights extinguished or modified by Natural Resources Transfer Agreement — Whether licensing and game limitations apply to status Indians — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Treaty No. 8 (1899) — Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2), para. 12 — Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25 — Alta. Reg. 95/87, s. 7.

R. v. Lewis 921

Indians — Fishing — Management of fish "on the reserve" — Indian band members charged with contravening fishery regulations — Indian band by-law permitting fishing on Indian band waters at any time — Indian Act authorizing band council to make by-laws for management of fish "on the reserve" — Whether by-law affords defence to charges — Whether fishery adjacent to reserve included as part of reserve — Whether river bed or any part of river bed "on the reserve" — Presumption *ad medium filum aquae* — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81(1)(o) — Squamish Indian Band By-law No. 10.

R. v. Richard 896

Constitutional law — Charter of rights — Search and seizure — Reasonable and probable grounds for search.

Ross v. New Brunswick School District No. 15 825

Civil rights — Discrimination — Services to the public — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Whether school board which employs teacher discriminating with respect to services it offers to public — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1).

Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal — Issues raised involving constitutional and administrative law components — Different standards of review applicable — Relationship between administrative law standard of review and constitutional standard of review under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Administrative law — Human rights tribunal — Jurisdiction — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry making finding of discrimination against school board which employs teacher — School board ordered to remove teacher from his

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tance et d'intérêt public soulevées par le jugement de première instance — Décision refusant la permission d'en appeler infirmée.

États-Unis d'Amérique c. Leon 888

Droit criminel — Extradition — Infractions semblables commises au Canada et aux États-Unis — Peine minimale aux États-Unis beaucoup plus sévère que la peine prévue au Canada — Le ministère public aurait affirmé avant le procès relatif à l'accusation que l'audience d'extradition serait tenue si aucun plaidoyer de culpabilité n'était déposé — La conduite du ministère public est-elle indigne au point qu'il faille arrêter l'extradition?

Martin c. Beaudry 898

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Libération conditionnelle révoquée — Détention — Requête pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* rejetée.

R. c. Badger 771

Indiens — Droits issus de traités — Chasse sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité — Violations de la Wildlife Act — Les Indiens inscrits ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité? — Les droits de chasse ont-ils été éteints ou modifiés par la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Le régime de délivrance des permis et les restrictions applicables à la chasse au gibier s'appliquent-ils aux Indiens inscrits? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Traité n° 8 (1899) — Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2), par. 12 — Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25 — Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.

R. c. Lewis 921

Indiens — Pêche — Régie du poisson «dans la réserve» — Membres de la bande indienne accusés d'avoir contrevenu au règlement de pêche — Le règlement administratif de la bande autorise la pêche en tout temps dans les eaux de la bande indienne — La Loi sur les Indiens autorise le conseil de bande à prendre des règlements administratifs pour la régie du poisson «dans la réserve» — Le règlement administratif offre-t-il un moyen de défense contre les accusations? — Une pêcherie adjacente à une réserve fait-elle partie de la réserve? — Le lit de la rivière se trouve-t-il, pour tout ou partie, «dans la réserve»? — La présomption *ad medium filum aquae* — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I — 5, art. 81(1)(o) — Règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish.

R. c. Richard 896

Droit constitutionnel — Charte des droits — Perquisition et saisie — Motifs raisonnables et probables de perquisitionner.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether Board's finding of discrimination and order beyond its jurisdiction — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, ss. 20(1), (6.2), 21(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of expression — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).

United States of America v. Leon 888

Criminal law — Extradition — Similar offences committed in Canada and U.S. — U.S. minimum sentence significantly more severe than Canadian sentence — Crown allegedly indicated prior to trial on indictment that extradition hearing would proceed if no guilty plea — Whether Crown's conduct so egregious that extradition should be stayed.

SOMMAIRE (Fin)

Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick..... 825

Libertés publiques — Discrimination — Services au public — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Le conseil scolaire qui emploie l'enseignant fait-il preuve de discrimination quant aux services qu'il offre au public? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 5(1).

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne — Questions soulevées comportant un volet «droit constitutionnel» et un volet «droit administratif» — Différentes normes de contrôle applicables — Lien entre la norme de contrôle en droit administratif et la norme constitutionnelle de contrôle en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit administratif — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne concluant que le conseil scolaire qui emploie l'enseignant a fait preuve de discrimination — Ordonnance enjoignant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — La conclusion de la commission à l'existence de discrimination et l'ordonnance qu'elle a rendue excèdent-elles sa compétence? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 20(1), (6.2), 21(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).

Wayne Clarence Badger *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Leroy Steven Kiyawasew *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Ernest Clarence Ominayak *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Federation of Saskatchewan Indian Nations, the Lesser Slave Lake Indian Regional Council, the Treaty 7 Tribal Council, the Confederacy of Treaty Six First Nations, the Assembly of First Nations and the Assembly of Manitoba Chiefs *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. BADGER

File No.: 23603.

1995: May 1, 2; 1996: April 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Indians — Treaty rights — Hunting on privately owned land in tract ceded by treaty — Violations of Wildlife Act — Whether status Indians have right to hunt

Wayne Clarence Badger *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Leroy Steven Kiyawasew *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Ernest Clarence Ominayak *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, la Federation of Saskatchewan Indian Nations, le Lesser Slave Lake Indian Regional Council, le Treaty 7 Tribal Council, la Confederacy of Treaty Six First Nations, l'Assemblée des Premières Nations et l'Assemblée of Manitoba Chiefs *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. BADGER

N^o du greffe: 23603.

1995: 1^{er} et 2 mai; 1996: 3 avril.

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

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

Indiens — Droits issus de traités — Chasse sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité — Violations de la Wildlife Act — Les

for food on privately owned land lying within tract ceded by treaty — Whether hunting rights extinguished or modified by *Natural Resources Transfer Agreement* — Whether licensing and game limitations apply to status Indians — *Constitution Act, 1982, s. 35(1)* — *Treaty No. 8 (1899)* — *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2), para. 12* — *Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25* — *Alta. Reg. 95/87, s. 7.*

The appellants were status Indians (under Treaty No. 8) who had been hunting for food on privately owned lands falling within the tracts surrendered by the Treaty. Each was charged with an offence under the *Wildlife Act* (the Act). Their trials and appeals proceeded together. The appellant Badger, who was hunting on scrub land near a run-down but occupied house, was charged with shooting a moose outside the permitted hunting season contrary to s. 27(1) of the Act. The appellant Kiyawasew, who had been hunting on a posted, snow-covered field that had been harvested that fall, and the appellant Ominayak, who had been hunting on uncleared muskeg, both had shot moose and were charged, under s. 26(1) of the Act, with hunting without a licence. All were all convicted in the Provincial Court. They unsuccessfully appealed their summary convictions, first to the Court of Queen's Bench and then to the Court of Appeal, challenging the constitutionality of the Act in so far as it might affect them as Crees with status under Treaty No. 8. The constitutional question raised: (1) whether status Indians under Treaty No. 8 have the right to hunt for food on privately owned land which lies within the territory surrendered under that Treaty; (2) whether the hunting rights set out in Treaty No. 8 have been extinguished or modified by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (NRTA)*; and, (3) the extent, if any, ss. 26(1) (requiring a hunting licence) and 27(1) (establishing hunting seasons) of the Act applied to the appellants.

Held: The appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew should be dismissed. The appeal of Ernest Clarence Ominayak should be allowed and a new trial directed so that the issue of the justification of the infringement created by s. 26(1) of the *Wildlife Act* and any regulations passed pursuant to that section may be addressed.

Indiens inscrits ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité? — Les droits de chasse ont-ils été éteints ou modifiés par la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Le régime de délivrance des permis et les restrictions applicables à la chasse au gibier s'appliquent-ils aux Indiens inscrits? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Traité n° 8 (1899) — Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2), par. 12 — Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25 — Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.

Les appelants sont des Indiens inscrits (aux termes du Traité n° 8) qui chassaient pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes du Traité. Chacun des appelants a été accusé d'une infraction à la *Wildlife Act* (la Loi). Ils ont été jugés ensemble, tant en première instance qu'en appel. L'appellant Badger, qui chassait dans des taillis près d'une maison délabrée mais occupée, a été accusé d'avoir, contrairement au par. 27(1) de la Loi, abattu un orignal en dehors de la saison de chasse. L'appellant Kiyawasew, qui chassait dans un champ couvert de neige où se trouvaient des écriteaux et où on avait fait la récolte à l'automne, ainsi que l'appellant Ominayak, qui chassait dans une savane non déboisée, ont eux aussi abattu des orignaux, et ils ont été accusés, en vertu du par. 26(1) de la Loi, d'avoir chassé sans permis. Ils ont tous été déclarés coupables en Cour provinciale. Ils ont sans succès interjeté appel de leur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'abord à la Cour du Banc de la Reine puis à la Cour d'appel, contestant la constitutionnalité de la Loi dans la mesure où elle pourrait porter atteinte à leurs droits en tant que Cris visés par le Traité n° 8. La question constitutionnelle comporte trois volets: (1) Les Indiens inscrits aux termes du Traité n° 8 ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes de ce traité? (2) Les droits de chasse énoncés dans le Traité n° 8 ont-ils été éteints ou modifiés par les dispositions du par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (la Convention)*? (3) Dans quelle mesure, le cas échéant, les par. 26(1) (obligation de détenir un permis de chasse) et 27(1) (établissement des saisons de chasse) de la Loi s'appliquaient-ils aux appelants?

Arrêt: Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés. Le pourvoi d'Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné afin que soit examinée la question de la justification de l'atteinte créée par le par. 26(1) de la *Wildlife Act* et les règlements pris en application de cette disposition.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Treaty No. 8 guaranteed the Indians the "right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing" subject to two limitations, a geographic limitation and the right of government to make regulations for conservation purposes.

Certain principles apply in interpreting a treaty. First, a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. Second, the honour of the Crown is always at stake; the Crown must be assumed to intend to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned. Third, any ambiguities or doubtful expressions must be resolved in favour of the Indians and any limitations restricting the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. Finally, the onus of establishing strict proof of extinguishment of a treaty or aboriginal right lies upon the Crown.

The *NRTA* did not extinguish and replace the Treaty No. 8 right to hunt for food. Paragraph 12 of the *NRTA* clearly intended to extinguish the treaty protection of the right to hunt commercially but the right to hunt for food continued to be protected and, indeed, was expanded. Treaty rights, absent direct conflict with the *NRTA*, were not modified. The Treaty right to hunt for food accordingly continues in force and effect.

Three preliminary observations were made regarding the *NRTA*. First, the "right of access" in the *NRTA* does not refer to a general right of access but, rather, is limited to a right of access for the purposes of hunting. Second, the extent of the treaty right to hunt on privately owned land may well differ from one treaty to another, given differences in wording. Finally, the applicable interpretative principles must be applied. The words must be interpreted as they would naturally have been understood by the Indians at the time of signing.

The geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use. This approach is consistent with the oral promises made to the Indians at the time the Treaty was signed, with the oral history of the Treaty No. 8 Indians, with earlier case law and with the provisions of the Act itself. It is neither unduly vague nor unworkable.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le Traité n° 8 garantissait aux Indiens le «droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche», sous réserve de deux restrictions: l'application d'une limitation territoriale et le droit pour le gouvernement de prendre des règlements en matière de conservation.

Certains principes régissent l'interprétation d'un traité. Premièrement, un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées. Deuxièmement, l'honneur de la Couronne est toujours en jeu; il faut présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée. Troisièmement, toute ambiguïté doit profiter aux Indiens et toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Finalement, il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint.

La *Convention* n'a pas éteint et remplacé le droit de chasser pour se nourrir prévu au Traité n° 8. Le paragraphe 12 de la *Convention* démontrait l'existence d'une intention claire d'éteindre la protection par le traité du droit de faire la chasse commerciale. Toutefois, le droit de chasser pour se nourrir a continué d'être protégé et, de fait, a été élargi. En l'absence de conflit direct avec la *Convention*, les droits issus de traités n'ont pas été modifiés. Le droit de chasser pour se nourrir — issu du Traité — continue d'être en vigueur et de produire ses effets.

Trois remarques préliminaires ont été faites relativement à la *Convention*. Premièrement, le «droit d'accès» prévu par la *Convention* n'est pas un droit d'accès général, mais plutôt un droit d'accès limité pour chasser. Deuxièmement, étant donné que les traités sont libellés de façon différente, la portée du droit issu de traité de chasser sur des terres privées peut très bien varier d'un traité à l'autre. Enfin, les principes d'interprétation applicables doivent être suivis. Il faut donner au texte le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature.

La limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s'appuyer sur le critère de l'utilisation visible et incompatible des terres en cause. Cette solution est conforme aux promesses verbales faites aux Indiens au moment de la signature du Traité, à l'histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8, aux premières décisions des tribunaux sur la question et aux dispositions mêmes

Land use must be considered on a case-by-case basis, however, because the approach focuses upon the use being made of the land.

The appeals of Messrs. Badger and Kiyawasew must be dismissed. The land was being visibly used. Since they did not have a right of access to these particular tracts of land, their treaty right to hunt for food did not extend there. The limitations on hunting set out in the Act accordingly did not infringe upon their existing right and were properly applied. The geographical limitations upon the Treaty right to hunt for food did not affect Mr. Ominayak who was hunting on land not being put to any visible use.

The Indians would have understood that, by the terms of the Treaty, the government would be permitted to pass regulations with respect to conservation given the existence of conservation laws existing prior to signing the Treaty. The provincial government's regulatory authority under the Treaty and the *NRTA* (which transferred regulatory authority for conservation purposes to the provincial authorities) did not extend beyond the realm of conservation. The constitutional provisions of s. 12 of *NRTA* authorizing provincial regulations made it unnecessary to consider s. 88 of the *Indian Act* which provided that provincial laws of general application applied to Indians provided that those laws were not in conflict with aboriginal or treaty rights.

The public safety regulations, which formed the first step of a two-step licensing scheme, did not infringe any aboriginal or treaty rights. These regulations required all hunters to take gun safety courses and pass hunting competency tests and accordingly protected all hunters, including Indians. Reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food.

The second step of the licensing scheme, the conservation component, constituted a *prima facie* infringement. Under the Treaty, no limitation as to method, timing and extent of Indian hunting can be imposed. The present licensing scheme, however, imposes conditions on the face of the licence as to hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area. These limitations are in direct conflict

de la Loi. Elle n'est ni excessivement vague, ni inapplicable. Toutefois, comme cette solution met l'accent sur l'utilisation qui est faite des terres en cause, l'examen de cette question doit se faire au cas par cas.

Les pourvois de MM. Badger et de Kiyawasew doivent être rejetés. Les terres étaient visiblement utilisées. Comme les appelants n'avaient pas de droit d'accès à ces terres, leur droit — issu du traité — de chasser pour se nourrir ne s'étendait pas à ces terres. En conséquence, les limites applicables au droit de chasse énoncées dans la Loi ne portent pas atteinte au droit existant de ces deux appelants, et elles leur ont à juste titre été appliquées. La limitation territoriale du droit — issu du Traité — de chasser pour se nourrir ne visait pas M. Ominayak, qui chassait sur des terres ne faisant pas l'objet d'une utilisation visible.

Les Indiens auraient compris que, suivant les termes du Traité, le gouvernement pourrait prendre des règlements relatifs à la conservation, étant donné que ces textes de loi existaient avant la signature du Traité. Le gouvernement provincial n'avait pas, en vertu du Traité et de la *Convention* (qui a transféré le pouvoir de réglementation en matière de conservation aux autorités provinciales), le pouvoir de réglementer autre chose que la conservation. Les dispositions constitutionnelles du par. 12 de la *Convention* autorisant l'application des règlements provinciaux font en sorte qu'il est inutile d'examiner l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyait que les Indiens étaient assujettis aux lois provinciales d'application générale, sauf si ces lois entraînent en conflit avec des droits ancestraux ou issus de traités.

Les règlements relatifs à la sécurité du public, qui forment le premier des deux volets du régime de délivrance de permis, ne portent pas atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. Ces règlements obligent tous les chasseurs à suivre des cours de sécurité dans le manie- ment des armes à feu et à réussir des tests d'aptitude à chasser. En conséquence, ils protègent la sécurité de tous les chasseurs, y compris des Indiens. Un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir.

Le second aspect du régime de délivrance des permis, le volet touchant la conservation, crée une atteinte *prima facie*. Aux termes du Traité, on ne peut limiter l'ampleur des activités de chasse exercées par les Indiens, ni les méthodes qu'ils utilisent à cette fin ou les périodes durant lesquelles ils s'y adonnent. Or, le régime actuel de délivrance de permis impose des restrictions, lesquelles sont inscrites sur le permis, relativement aux

with the treaty right. Moreover, no provisions currently exist for "hunting for food" licences.

Any infringement of the rights guaranteed under the Treaty or the *NRTA* must be justified using the *Sparrow* test. This analysis provides a reasonable, flexible and current method of assessing the justifiability of conservation regulations and enactments. It must first be asked if there was a valid legislative objective, and if so, the analysis proceeds to a consideration of the special trust relationship and the responsibility of the government *vis-à-vis* the aboriginal people. Further questions might deal with whether the infringement was as little as was necessary to effect the objective, whether compensation was fair, and whether the aboriginal group was consulted with respect to the conservation measures.

The government led no evidence with respect to justification. The Court could not find justification in the absence of such evidence.

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The treaty rights were restated, merged and consolidated in the *NRTA* and so their preservation was assured by being placed in a constitutional instrument. The sole source for a claim involving the right to hunt for food is, therefore, the *NRTA*. The Treaty may be relied on for the purpose of assisting in the interpretation of the *NRTA* but it has no other legal significance.

Two key interpretative principles apply to treaties. First, any ambiguity in the treaty will be resolved in favour of the Indians. Second, treaties should be interpreted in a manner that maintains the integrity of the Crown, particularly the Crown's fiduciary obligation toward aboriginal peoples. These interpretative principles apply equally to the rights protected by the *NRTA*.

The rights of Indians pursuant to either the Treaty or the *NRTA* would, at the time either was agreed to, be understood to be subject to governmental regulation for conservation purposes. The rights protected by the *NRTA* are not constitutional rights of an absolute nature precluding any governmental regulation.

méthodes de chasse, au type de gibier, au nombre de prises ainsi qu'aux périodes de chasse et aux zones où celle-ci est autorisée. Ces restrictions sont en contradiction directe avec le droit prévu au Traité. Qui plus est, il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition concernant la délivrance de permis de «chasse pour se nourrir».

Toute atteinte aux droits garantis par le Traité ou la *Convention* doit être justifiée à l'aide du critère énoncé dans *Sparrow*. Cette analyse constitue une méthode raisonnable, souple et admise d'évaluation des lois et règlements relatifs à la conservation. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier; dans l'affirmative, on passe à l'examen des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité du gouvernement envers les autochtones. D'autres questions peuvent également se poser, savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation était prévue et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation.

Le gouvernement n'a pas présenté de preuve relative à la justification. En l'absence d'une telle preuve, la Cour ne pouvait conclure à l'existence d'une justification.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: La *Convention* a réitéré, unifié et codifié les droits prévus au Traité, et leur maintien a donc été assuré par leur inscription dans un texte constitutionnel. L'unique source permettant d'invoquer le droit de chasser pour se nourrir est par conséquent la *Convention*. Le Traité peut être invoqué pour aider à l'interprétation de la *Convention*, mais il n'a aucune autre importance sur le plan juridique.

Deux principes d'interprétation clés s'appliquent aux traités. Premièrement, toute ambiguïté dans le traité doit profiter aux Indiens. Deuxièmement, les traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne, en particulier son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Ces principes d'interprétation s'appliquent également aux droits protégés par la *Convention*.

Au moment de la conclusion du Traité et de la *Convention*, il aurait été entendu que les droits des Indiens en vertu de l'un ou l'autre de ces documents étaient assujettis à la réglementation gouvernementale en matière de conservation. Les droits protégés par la *Convention* ne sont pas des droits constitutionnels de nature absolue, à l'égard desquels toute réglementation gouvernementale est interdite.

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* should not be the standard against which governmental regulation permitted by the *NRTA*, and the extent of the protection of the appellants' rights in the face of such regulation, should be assessed. Section 35(1) cannot provide constitutional protection to rights already constitutionally protected; nor does it apply to another constitutional provision.

In the absence of a mechanism in the *NRTA*, the Court must develop a test through which the province's right to legislate with respect to conservation can be balanced against the Indians' right to hunt for food. The *Sparrow* test, developed in the context of s. 35(1), protects aboriginal rights while also permitting governments to legislate for legitimate purposes where the legislation is a justifiable infringement on those protected rights. This test applies equally well to the regulatory authority granted to the provinces under para. 12 of the *NRTA*. In applying the *Sparrow* criteria here, it is important to bear in mind that what is being justified is the exercise of a power granted to the provinces which is made subject to the right to hunt for food.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **considered:** *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89; *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; **referred to:** *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. v. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343; *R. v. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325, aff'd [1964] S.C.R. 642; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505;

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne devrait pas être la norme appliquée pour apprécier la réglementation gouvernementale permise par la *Convention* et l'étendue de la protection dont bénéficient les droits des appelants au regard de cette réglementation. Le paragraphe 35(1) ne peut accorder la protection de la Constitution à des droits qui en jouissent déjà, ni s'appliquer à d'autres dispositions constitutionnelles.

Vu l'absence de mécanisme à cette fin dans la *Convention*, la Cour doit élaborer un critère permettant de mettre en équilibre le droit de la province de légiférer en matière de conservation et le droit des Indiens de chasser pour se nourrir. Le critère énoncé dans *Sparrow*, qui a été élaboré dans le contexte du par. 35(1), protège les droits ancestraux, tout en permettant aux gouvernements de légiférer à des fins légitimes, dans la mesure où la loi est une atteinte justifiable aux droits protégés. Ce critère s'applique également au pouvoir de réglementation accordé aux provinces par le par. 12 de la *Convention*. En appliquant les critères énoncés dans *Sparrow* en l'espèce, il est important de garder à l'esprit que ce que l'on justifie, c'est l'exercice d'un pouvoir conféré aux provinces, pouvoir qui est assujéti au droit de chasser pour se nourrir.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; **arrêts mentionnés:** *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369; *R. c. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. c. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343; *R. c. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325, conf. par [1964] R.C.S. 642; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Agawa*

R. v. Napoleon, [1986] 1 C.N.L.R. 86; *R. v. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **followed:** *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; **referred to:** *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

Statutes and Regulations Cited

Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25.
Alta. Reg. 95/87, s. 7.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1867, s. 93.
Constitution Act, 1930, s. 1.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2), para. 12.
Treaty No. 8, made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc. Reprinted from the 1899 edition by Roger Duhamel, Queen's Printer and Controller of Stationery, 1966.
Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1, ss. 15(1)(c), 26(1), 27(1).

Authors Cited

Daniel, Richard. "The Spirit and Terms of Treaty Eight". In Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1979.
Friesen, Jean. *Grant me Wherewith to Make my Living*. Winnipeg: T.A.R.R. Centre, 1985.
Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*. Winnipeg: The Public Inquiry, 1991.
Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke, 1880.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 354, 135 A.R. 286, 33 W.A.C. 286, [1993] 5 W.W.R. 7,

(1988), 65 O.R. (2d) 505; *R. c. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86; *R. c. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêt suivi:** *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2), par. 12.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93.
Loi constitutionnelle de 1930, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25.
Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.
Traité n° 8, conclu le 21 juin 1899, et adhésions, rapports et autres documents annexés. Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1981.
Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1, art. 15(1)(c), 26(1), 27(1).

Doctrine citée

Daniel, Richard. «The Spirit and Terms of Treaty Eight». In Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Montréal: Institut de recherches en politiques publiques, 1979.
Friesen, Jean. *Grant me Wherewith to Make my Living*. Winnipeg: T.A.R.R. Centre, 1985.
Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*. Winnipeg: The Public Inquiry, 1991.
Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke, 1880.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 354, 135 A.R. 286, 33 W.A.C. 286, [1993] 5 W.W.R. 7,

[1993] 3 C.N.L.R. 143, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench affirming the appellants' convictions for offences under the *Wildlife Act*. Appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew dismissed; appeal of Ernest Clarence Ominayak allowed and a new trial directed.

Leonard Mandamin and Alan D. Hunter, Q.C., for the appellants.

Robert J. Normey and Margaret Unsworth, for the respondent.

I. G. Whitehall, Q.C., and *R. Stevenson*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth J. Tyler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Mary Ellen Turpel, Donald E. Worme and Gerry Morin, for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations.

Priscilla Kennedy, for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Gerard M. Meagher, Q.C., and *Eugene J. Creighton*, for the intervener the Treaty 7 Tribal Council.

Edward H. Molstad, Q.C., *James A. O'Reilly* and *Wilton Littlechild*, for the intervener the Confederacy of Treaty Six First Nations.

Peter K. Doody and John E. S. Briggs, for the intervener the Assembly of First Nations.

Jack R. London, Q.C., and *Martin S. Minuk*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

¹ SOPINKA J. — I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by

[1993] 3 C.N.L.R. 143, confirmant le jugement de la Cour du Banc de la Reine qui avait maintenu les déclarations de culpabilité prononcées contre les appelants pour des infractions à la *Wildlife Act*. Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés; le pourvoi de Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Leonard Mandamin et Alan D. Hunter, c.r., pour les appelants.

Robert J. Normey et Margaret Unsworth, pour l'intimée.

I. G. Whitehall, c.r., et *R. Stevenson*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth J. Tyler, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Mary Ellen Turpel, Donald E. Worme et Gerry Morin, pour l'intervenant la Federation of Saskatchewan Indian Nations.

Priscilla Kennedy, pour l'intervenant le Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Gerard M. Meagher, c.r., et *Eugene J. Creighton*, pour l'intervenant le Treaty 7 Tribal Council.

Edward H. Molstad, c.r., *James A. O'Reilly* et *Wilton Littlechild*, pour l'intervenante la Confederacy of Treaty Six First Nations.

Peter K. Doody et John E. S. Briggs, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Jack R. London, c.r., et *Martin S. Minuk*, pour l'intervenante l'Assemblée of Manitoba Chiefs.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'a rédigés mon collègue

my colleague, Justice Cory, and I am in agreement with his disposition of the appeal and with his reasons with the exception of his exposition of the relationship between Treaty No. 8, the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2) (NRTA)*, and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the rights of Indians to hunt for food provided in Treaty No. 8 were merged in the *NRTA* which is the sole source of those rights. While I agree that the impugned provision of the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, infringes the constitutional right of Indians to hunt for food, I disagree that this constitutional right is one covered by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree, however, that the constitutional right to hunt for food must be balanced against the right of the province to pass laws for the purpose of conservation and that this balancing may be carried out on the basis of the principles set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

There is no disagreement that the *NRTA*:

- (a) duplicated the right of Indians to hunt for food which was contained in Treaty No. 8;
- (b) widely extended the geographical area to include the whole of the province rather than being limited to the tract of land surrendered;
- (c) shifted responsibility for passing game laws from the federal government to the provinces;
- (d) eliminated the right to hunt for commercial purposes;
- (e) is a constitutional document and the Treaty is not, although the Treaty receives constitutional protection by virtue of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In these circumstances, I am of the view that it was clearly the intention of the framers to merge the rights in the Treaty in the *NRTA*. To characterize the *NRTA* as modifying the Treaty is to treat it as an amending document to the Treaty. This

le juge Cory en l'espèce, et je souscris à sa décision et à ses motifs, sauf en ce qui concerne l'exposé qu'il fait des rapports entre le Traité n° 8, la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2) (la Convention)* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, les droits des Indiens de chasser pour se nourrir que prévoit le Traité n° 8 ont été unifiés dans la *Convention*, qui est l'unique source des droits en question. Même si je conviens que la disposition contestée de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, porte atteinte au droit constitutionnel des Indiens de chasser pour se nourrir, je ne suis pas d'accord pour affirmer que ce droit est visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, je reconnais, d'une part, qu'il faut rechercher l'équilibre entre le droit constitutionnel de chasser pour se nourrir et le droit de la province d'édicter des lois en matière de conservation, et, d'autre part, que cet équilibre peut être établi sur le fondement des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Tous s'entendent sur les points suivants en ce qui concerne la *Convention*:

- a) elle a repris le droit des Indiens de chasser pour se nourrir qui figurait dans le Traité n° 8;
- b) elle a considérablement élargi le territoire visé, qui comprend maintenant toute la province plutôt que la seule zone cédée;
- c) elle a transféré aux provinces la responsabilité d'adopter des lois relatives au gibier, qui incombait jusque-là au gouvernement fédéral;
- d) elle a éliminé le droit de chasser à des fins commerciales;
- e) elle est un document constitutionnel, contrairement au Traité, bien que celui-ci jouisse de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans ces circonstances, je suis d'avis que les rédacteurs avaient clairement l'intention d'unifier dans la *Convention* les droits prévus par le Traité. Dire de la *Convention* qu'elle change le Traité revient à la considérer comme un document por-

clearly was not the intent of the *NRTA*. In enlarging the area in which hunting for food was permitted to extend to the whole of the province, it could not be suggested that the *NRTA* extended the Treaty to all of the province. Rather, the right to hunt for food was extended by the *NRTA* to the whole of the province, including the area covered by the Treaty. An Indian hunting on land outside the Treaty lands could not claim to be covered by the Treaty. If the *NRTA* merely modified the Treaty, an Indian hunting on Treaty lands could claim the right under the Treaty while an Indian hunting in other parts of the province could claim only under the *NRTA*. This would invite bifurcation of the rights of Indians hunting for food in the province.

5 Similarly, the provisions which transferred to the province the power to pass gaming laws for the purpose of conservation could not have been intended simply to amend the Treaty. As an amendment to the Treaty, this provision would have no constitutional force and could not alter the constitutionally entrenched division of powers. It might be suggested that the *NRTA* both amended the Treaty and, as an independent constitutional document, amended the Constitution. If this were the intent, it is difficult to understand why all the terms of the Treaty relating to the right to hunt for food were replicated in *NRTA*. It must have been the intention to merge these rights in the *NRTA* so that they could be balanced with the power of the provinces to legislate for conservation purposes. In order to achieve a reasonable balance between them, it was important that they both appear in one document having constitutional status.

6 I can suggest no reason why the framers of the *NRTA* would have wanted to maintain any aspects of the Treaty except as an interpretative tool. They surely did not do so in order to allow these rights to be recognized under s. 35(1) of the *Constitution*

tant modification du Traité. Ce n'était certainement pas là l'objet de la *Convention*. Il est impossible d'affirmer que, en élargissant à l'ensemble de la province le territoire où il était permis de chasser pour se nourrir, la *Convention* a étendu la portée du Traité à toute la province. C'est plutôt le droit de chasser pour se nourrir qui a été élargi par la *Convention* à l'ensemble de la province, y compris le territoire visé par le Traité. L'Indien qui chasse à l'extérieur des terres visées par le Traité ne pourrait se réclamer du Traité. Si la *Convention* avait simplement modifié le Traité, l'Indien chassant sur des terres visées par celui-ci pourrait invoquer le droit prévu par le Traité alors que l'Indien chassant dans d'autres parties de la province ne pourrait qu'invoquer la *Convention*. Cela pourrait entraîner un dédoublement des droits des Indiens qui chassent pour se nourrir dans la province.

De même, la disposition qui a transféré à la province le pouvoir d'édicter, à des fins de conservation, des lois relatives au gibier ne pouvait avoir uniquement pour objet de modifier le Traité. En tant que modification du Traité, cette disposition n'aurait aucune valeur constitutionnelle et ne pourrait pas changer le partage des pouvoirs inscrit dans la Constitution. D'aucuns pourraient prétendre que la *Convention* a eu pour effet, d'une part, de modifier le Traité, et, d'autre part, en tant que document constitutionnel indépendant, de modifier également la Constitution. Si c'était là l'objet visé, on s'explique difficilement pourquoi tous les termes du Traité relatifs au droit de chasser pour se nourrir ont été repris dans la *Convention*. Les rédacteurs devaient avoir l'intention d'unifier ces droits dans la *Convention* de façon qu'ils puissent être mis en équilibre avec le pouvoir des provinces de légiférer en matière de conservation. Afin d'établir un juste équilibre entre le droit et le pouvoir en question, il était important qu'ils figurent tous deux dans un document ayant valeur constitutionnelle.

Je ne peux donner aucune raison pour laquelle les rédacteurs de la *Convention* auraient pu vouloir maintenir quelque aspect du Traité, si ce n'est à titre d'outil d'interprétation. Ils ne l'ont sûrement pas fait pour permettre la reconnaissance de ces

Act, 1982 which appears to be the sole present justification for preserving the Treaty. However, even that justification loses any force when considered in light of the fact that the *NRTA* is itself a constitutional document and recognition under s. 35(1) is unnecessary for the protection of these important Indian rights.

From the foregoing, I conclude that it was the intention of the framers of para. 12 of the *NRTA* to effectuate a merger and consolidation of the Treaty rights. This was the view of Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, at p. 100:

It would appear that the overall purpose of para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreement was to effect a merger and consolidation of the treaty rights theretofore enjoyed by the Indians but of equal importance was the desire to re-state and reassure to the treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food.

As pointed out, these rights were restated in the *NRTA* and their preservation was assured by being placed in a constitutional instrument.

If this was the intention, and I conclude that it was, then the proper characterization of the relationship between the *NRTA* and the Treaty rights is that the sole source for a claim involving the right to hunt for food is the *NRTA*. The Treaty rights have been subsumed in a document of a higher order. The Treaty may be relied on for the purpose of assisting in the interpretation of the *NRTA*, but it has no other legal significance.

The fact that the source of the appellants' rights to hunt and fish for sustenance is found within the provisions of the *NRTA* does not alter the analysis that has previously been employed in the interpretation of treaty rights. The key interpretative principles which apply to treaties are first, that any ambiguity in the treaty will be resolved in favour of the Indians and, second, that treaties should be interpreted in a manner that maintains the integrity of the Crown, particularly the Crown's fiduciary obligation toward aboriginal peoples. These princi-

droits en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui paraît être actuellement l'unique raison justifiant le maintien du Traité. Or, même cette justification perd toute valeur en regard du fait que la *Convention* est elle-même un document constitutionnel, et que leur reconnaissance en vertu du par. 35(1) est inutile pour protéger ces importants droits des Indiens.

Je conclus de ce qui précède que les rédacteurs du par. 12 de la *Convention* avaient l'intention d'unifier et de codifier les droits prévus au Traité. C'est l'opinion qu'a exprimée le juge Dickson (plus tard juge en chef) pour la Cour dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, à la p. 100:

Il semble que le but essentiel de l'art. 12 de la *Convention* sur les ressources naturelles était d'unifier et de codifier les droits reconnus aux Indiens dans les traités, mais également de réaffirmer et de garantir aux Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance.

Ainsi qu'il a été signalé, ces droits ont été réitérés dans la *Convention*, et leur maintien assuré par leur inscription dans un texte constitutionnel.

Si telle était l'intention, et je conclus que c'était le cas, alors la bonne façon de décrire les rapports entre les droits issus du Traité et la *Convention* est de dire que cette dernière est l'unique source permettant d'invoquer le droit de chasser pour se nourrir. Les droits issus du Traité ont été subsumés dans un document de rang supérieur. Le Traité peut être invoqué pour aider à l'interprétation de la *Convention*, mais il n'a aucune autre importance sur le plan juridique.

Le fait que la source des droits des appelants de chasser et de pêcher à des fins de subsistance se trouve dans les dispositions de la *Convention* ne change rien à l'analyse appliquée auparavant pour interpréter les droits issus de traités. Les principes d'interprétation clés applicables aux traités sont de deux ordres: premièrement, toute ambiguïté dans le traité doit profiter aux Indiens, et, deuxièmement, les traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne, en particulier son obligation de fiduciaire envers les peuples

7

8

9

ples apply equally to the rights protected by the *NRTA*; the principles arise out of the nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples with the result that, whatever the document in which that relationship has been articulated, the principles should apply to the interpretation of that document. I find support for this reasoning in the prior decisions of this Court concerning the interpretation of the *NRTA*. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, for example, this Court specifically stated, at p. 461, that the *NRTA* should be given a "broad and liberal construction", and, at p. 464, that any ambiguity should be "interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians". Moreover, this position is compatible with the concept that the *NRTA* constitutes a merger and consolidation of treaty rights, and with the view that it was through the enactment of the *NRTA* that the "federal government attempted to fulfil their treaty obligations" (see *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 293).

Validity of the provisions of the *Wildlife Act*

10 In light of my conclusion that the right of Indian persons to hunt for food is constitutional in nature, the issue remaining for determination is whether the provisions of the *Wildlife Act* under which the appellants were convicted are constitutionally permissible. On the bare wording of para. 12 of the *NRTA*, it appears as though such an issue could never arise. The *NRTA* grants legislative power over "gaming" subject to the Indians' right to hunt for food, apparently suggesting that the province has no jurisdiction to legislate in relation to those rights. This interpretation arises out of the mandatory language used in para. 12, wherein the legislative power is granted to the province, but qualified by the statement that the power exists "provided, however, that the said Indians shall have the right. . ."

11 The reasoning in *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, informs us that such a formalistic interpretation of the language of the *NRTA* is incorrect. At the time the treaties that preceded the *NRTA* were signed, there was already in place legislation enacted for conservation purposes which

autochtones. Ces principes, qui s'appliquent également aux droits protégés par la *Convention*, découlent de la nature des rapports qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones, de sorte que, quel que soit le document énonçant ces rapports, ces principes devraient servir à son interprétation. Mon raisonnement trouve appui dans les arrêts antérieurs de notre Cour concernant l'interprétation de la *Convention*. Ainsi, dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, notre Cour a expressément déclaré, à la p. 461, qu'il faut donner à la *Convention* une «interprétation large et libérale», et, à la p. 464, qu'il faut interpréter toute ambiguïté «de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens». De plus, cette position est compatible avec le principe que la *Convention* unifie et codifie les droits issus de traités, et avec l'opinion que, par l'adoption de la *Convention*, le «gouvernement fédéral a tenté de s'acquitter de ses obligations découlant des traités» (voir l'arrêt *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 293).

Validité des dispositions de la *Wildlife Act*

Puisque j'ai conclu que le droit des Indiens de chasser pour se nourrir est de nature constitutionnelle, la question qui reste à trancher est de savoir si les dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles les appelants ont été déclarés coupables sont permises par la Constitution. Toutefois, il semble impossible, aux termes mêmes du par. 12 de la *Convention*, qu'une telle question se pose jamais. En effet, la *Convention* confère le pouvoir de faire des lois relatives au gibier, sous réserve du droit des Indiens de chasser pour se nourrir, ce qui tend apparemment à indiquer que la province n'a aucune compétence pour légiférer à l'égard de ce droit. Cette interprétation découle du langage impératif du par. 12 qui, tout en conférant à la province le pouvoir législatif en question, limite cependant ce pouvoir en précisant que: «toutefois, lesdits Indiens auront le droit . . .»

Le raisonnement appliqué dans l'arrêt *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, nous indique que pareille interprétation formaliste du libellé de la *Convention* est incorrecte. À l'époque où les traités antérieurs à la *Convention* ont été signés, il existait déjà des lois en matière de conservation qui

affected the Indians' rights. Indeed, there existed total bans on the hunting of certain species. As a result, at the time the treaties were signed and, even more so, at the time that the *NRTA* was agreed to by the provinces and the federal government, it would have been clearly understood that the rights of Indians pursuant to either document would be subject to governmental regulation for conservation purposes. The rights protected by the *NRTA* thus cannot be viewed as being constitutional rights of an absolute nature for which governmental regulation is prohibited.

How, then, is the governmental regulation permitted by the *NRTA*, and the extent of the protection of the appellants' rights in the face of such regulation, to be assessed? Cory J. has taken the position that the standard against which the validity of the *Wildlife Act* is to be assessed is s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the test set out in *Sparrow, supra*. I am unable to agree with my colleague on this point. Section 35(1) was intended to provide constitutional protection for aboriginal rights and treaty rights that did not enjoy such protection. It cannot have been intended to be redundant and provide constitutional protection for rights that already enjoyed constitutional protection. Moreover, para. 12 of the *NRTA* is a constitutional provision and, as such, s. 35(1) has no direct application to it. Infringements of constitutional rights cannot be remedied by the application of a different constitutional provision. As Estey J. stated in *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1207, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* "cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*". That case concerned the application of s. 15 of the *Charter* to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Although the case is not directly on point with the issues arising in this appeal, in my view, Estey J.'s comment provides support for the position that constitutional provisions enacted later in time are not to be read as impliedly amending the earlier enacted provisions. (See Peter W. Hogg, *Constitutional Law of*

avaient une incidence sur les droits des Indiens. De fait, la chasse de certaines espèces était même absolument interdite. Par conséquent, au moment où les traités ont été signés et, même plus encore au moment où les provinces et le gouvernement fédéral ont conclu la *Convention*, il aurait été clairement entendu que les droits des Indiens en vertu de l'un ou l'autre de ces documents étaient assujettis à la réglementation gouvernementale en matière de conservation. Les droits protégés par la *Convention* ne peuvent donc être considérés comme des droits constitutionnels de nature absolue, à l'égard desquels toute réglementation gouvernementale est interdite.

Comment alors doit-on apprécier la réglementation gouvernementale permise par la *Convention* et l'étendue de la protection dont bénéficient les droits des appelants au regard de cette réglementation? Le juge Cory a dit être d'avis que c'est au regard du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, précité, qu'il faut apprécier la validité de la *Wildlife Act*. Je ne peux me rallier à l'opinion de mon collègue sur ce point. Le paragraphe 35(1) a pour objet d'accorder la protection de la Constitution aux droits ancestraux et issus de traités qui ne jouissaient pas de cette protection. Il n'est pas possible qu'on ait voulu qu'il produise un effet redondant et accorde la protection de la Constitution à des droits qui en jouissaient déjà. En outre, le par. 12 de la *Convention* est une disposition constitutionnelle et, de ce fait, le par. 35(1) ne s'y applique pas directement. On ne peut remédier aux atteintes à des droits constitutionnels par l'application d'une autre disposition constitutionnelle. Ainsi que le juge Estey l'a déclaré dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1207, la *Charte canadienne des droits et libertés* «ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*». Cette affaire concernait l'application de l'art. 15 de la *Charte* à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que cette affaire ne portait pas directement sur les questions soulevées par le présent pourvoi, je suis d'avis que les remarques du juge

Canada (3rd ed. 1992), at p. 1183.) Nor are later provisions of the constitution applicable in terms of the interpretation of earlier provisions. On that reasoning, s. 35(1) is inapplicable to the provision of the *NRTA* that protects the right of aboriginal persons to hunt for food.

Estey appuie la thèse que des dispositions constitutionnelles adoptées postérieurement à d'autres dispositions ne doivent pas être considérées comme ayant pour effet de modifier celles-ci implicitement. (Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 1183.) Pas plus que des dispositions plus récentes de la Constitution ne s'appliquent pour interpréter des dispositions qui leur sont antérieures. Conformément à ce raisonnement, le par. 35(1) ne s'applique pas à la disposition de la *Convention* qui protège le droit des autochtones de chasser pour se nourrir.

¹³ That is not to say, however, that the principles underlying the interpretation of s. 35(1) have no relevance to the determination of whether a particular legislative enactment has an acceptable purpose and whether it constitutes an acceptable limitation on the rights granted by the *NRTA*. There is no method provided in the *NRTA* whereby government measures that may impinge upon the rights the same document grants to Indians can be scrutinized. It is clear, however, that the *NRTA* does require a balancing of rights. The right of the province to legislate with respect to conservation must be balanced against the right granted to the Indians to hunt for food. Thus, it falls to the Court to develop a test through which this task can be accomplished. In *Sparrow*, this Court developed principles for balancing the constitutionally protected right to fish for food against the federal government's power to pass laws for conservation. Although the *Sparrow* test was developed in the context of s. 35(1), the basic thrust of the test, to protect aboriginal rights but also to permit governments to legislate for legitimate purposes where the legislation is a justifiable infringement on those protected rights, applies equally well to the regulatory authority granted to the provinces under para. 12 of the *NRTA* as to federal power to legislate in respect of Indians.

Toutefois, cela ne signifie pas que les principes qui sous-tendent l'interprétation du par. 35(1) n'ont aucune pertinence pour déterminer si un texte législatif donné vise un objet acceptable et s'il constitue une limitation acceptable des droits accordés par la *Convention*. Ce texte ne prévoit en effet aucune méthode d'examen de mesures gouvernementales susceptibles de porter atteinte aux droits qu'il confère aux Indiens. Il est évident cependant que la *Convention* requiert effectivement la mise en équilibre des droits en cause, en l'occurrence le droit de la province de légiférer en matière de conservation et le droit de chasser pour se nourrir qui est accordé aux Indiens. Il appartient donc à la Cour d'élaborer un critère permettant d'accomplir cette tâche. Dans *Sparrow*, notre Cour a dégagé des principes en vue d'équilibrer le droit protégé par la Constitution de pêcher pour se nourrir et le pouvoir du gouvernement fédéral d'adopter des lois en matière de conservation. Bien que le critère établi dans *Sparrow* ait été élaboré dans le contexte du par. 35(1), sa raison d'être fondamentale — qui est de protéger les droits ancestraux mais également de permettre aux gouvernements de légiférer à des fins légitimes dans la mesure où la loi est une atteinte justifiable aux droits protégés — s'applique tout autant au pouvoir de réglementation accordé aux provinces par le par. 12 de la *Convention* qu'au pouvoir du fédéral d'adopter des lois concernant les Indiens.

¹⁴ In this way, the *Sparrow* test is applied to the *NRTA* by analogy, with the result that the Court will have a means by which to ensure that the rights in the *NRTA* are protected, but that provin-

De cette manière, le critère établi dans *Sparrow* est appliqué à la *Convention* par analogie, donnant ainsi à la Cour un moyen de s'assurer non seulement que les droits prévus par la *Convention* sont

cial governments are also provided with some flexibility in terms of their ability to affect those rights for the purpose of legislating in relation to conservation. As Cory J. points out, the criteria set out in *Sparrow* do not purport to be exhaustive and are to be applied flexibly. In applying them in this context, it is important to bear in mind that what is being justified is the exercise of a power granted to the provinces, which power is made subject to the right to hunt for food. Both are contained in a constitutional document. The application of the *Sparrow* criteria should be consonant with the intention of the framers as to the reconciliation of these competing provisions.

I agree with Cory J. that, in the absence of evidence with respect to justification, there must be a new trial and I would dispose of the appeal as suggested by him.

The constitutional question and answers are as follows:

If Treaty 8 confirmed to the Indians of the Treaty 8 Territory the right to hunt throughout the tract surrendered, does the right continue to exist or was it extinguished and replaced by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, 20-21 George V, c. 26 (U.K.))*, and if the right continues to exist, could that right be exercised on the lands in question and, if so, was the right impermissibly infringed upon by s. 26(1) or s. 27(1) of the *Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1*, given Treaty 8 and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

The right to hunt for food referred to in Treaty No. 8 was merged in the *NRTA* which is the sole source of the right.

Sections 26(1) and 27(1) of the *Wildlife Act* did not infringe the constitutional rights of Mr. Badger or Mr. Kiyawasew to hunt for food.

Mr. Ominayak was exercising his constitutional right to hunt for food. Section 26(1) of the *Wildlife Act* is a *prima facie* infringement of his right to

protégés, mais aussi que les gouvernements provinciaux jouissent d'une certaine latitude leur permettant de toucher à ces droits en légiférant à des fins de conservation. Comme le souligne le juge Cory, les critères énoncés dans *Sparrow* ne se veulent pas exhaustifs et doivent être appliqués de façon souple. Dans ce contexte, il est important de garder à l'esprit que ce que l'on justifie, c'est l'exercice d'un pouvoir conféré aux provinces, pouvoir qui est assujéti au droit de chasser pour se nourrir. Tant le pouvoir que le droit en question sont inscrits dans un document constitutionnel. Les critères énoncés dans *Sparrow* doivent être appliqués d'une manière conforme à l'intention des rédacteurs pour ce qui est de la conciliation de ces deux dispositions concurrentes.

Je conviens avec le juge Cory que, en l'absence de preuve concernant la justification, il faut tenir un nouveau procès, et je trancherais le pourvoi de la manière qu'il propose.

Voici la question constitutionnelle et les réponses qui y sont apportées:

Si le Traité n° 8 confirmait aux Indiens du territoire de ce traité le droit de chasser dans l'ensemble de la zone cédée, le droit existe-t-il toujours ou a-t-il été éteint et remplacé par le par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, 20-21 George V, ch. 26 (R.-U.))* et, si le droit existe toujours, pouvait-il être exercé sur les terres en question. Dans l'affirmative, les par. 26(1) ou 27(1) de la *Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1*, portent-ils atteinte à ce droit, compte tenu du Traité n° 8 et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les droits de chasser pour se nourrir visés par le Traité n° 8 ont été unifiés dans la *Convention*, qui est l'unique source de ces droits.

Les paragraphes 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act* n'ont pas porté atteinte au droit constitutionnel de M. Badger et de M. Kiyawasew de chasser pour se nourrir.

Monsieur Ominayak exerçait son droit constitutionnel de chasser pour se nourrir. Le paragraphe 26(1) de la *Wildlife Act* porte atteinte *prima facie*

15

16

17

18

19

hunt for food under *NRTA* and is invalid unless justified.

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

au droit de ce dernier de chasser pour se nourrir en vertu de la *Convention*, et il sera invalide à moins qu'on ne justifie cette atteinte.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

20 CORY J. — Three questions must be answered on this appeal. First, do Indians who have status under Treaty No. 8 have the right to hunt for food on privately owned land which lies within the territory surrendered under that Treaty? Secondly, have the hunting rights set out in Treaty No. 8 been extinguished or modified as a result of the provisions of para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2)*? Thirdly, to what extent, if any, do s. 26(1) and s. 27(1) of the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, apply to the appellants?

Factual Background

21 Each of the three appellants was charged with an offence under the *Wildlife Act*. Their trials and appeals have proceeded together.

22 The facts are straightforward and undisputed. The appellant Wayne Clarence Badger was charged with shooting a moose outside the permitted hunting season contrary to s. 27(1) of the *Wildlife Act*. The appellants Leroy Steven Kiyawasew and Ernest Clarence Ominayak, who had also shot moose, were charged, under s. 26(1) of the same statute, with hunting without a licence. All three appellants, Cree Indians with status under Treaty No. 8, were hunting for food upon lands falling within the tracts surrendered to Canada by the Treaty.

23 The lands in question were all privately owned. Mr. Badger shot a moose on brush land with willow regrowth and scrub. There were no fences or signs posted on the land, but a farm house was located a quarter mile from the place where the moose was shot. Mr. Kiyawasew was hunting on a snow-covered field. There was no fence, but Mr. Kiyawasew testified that he had passed old run-

LE JUGE CORY — Le pourvoi soulève trois questions. Premièrement, les Indiens visés par le Traité n° 8 ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes de ce traité? Deuxièmement, les droits de chasse énoncés dans le Traité n° 8 ont-ils été éteints ou modifiés par les dispositions du par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2)*? Troisièmement, dans quelle mesure, le cas échéant, les par. 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, s'appliquent-ils aux appelants?

Les faits

Chacun des appelants a été accusé d'une infraction à la *Wildlife Act*. Ils ont été jugés ensemble, tant en première instance qu'en appel.

Les faits sont simples et non contestés. L'appellant Wayne Clarence Badger a été accusé d'avoir, contrairement au par. 27(1) de la *Wildlife Act*, abattu un orignal en dehors de la saison de chasse. Les appelants Leroy Steven Kiyawasew et Ernest Clarence Ominayak, qui ont eux aussi abattu des orignaux, ont été accusés, en vertu du par. 26(1) de la même loi, d'avoir chassé sans permis. Les trois appelants, des Indiens cris visés par le Traité n° 8, chassaient pour se nourrir sur des terres situées dans les territoires cédés au Canada en vertu du Traité.

Les terres en question étaient des propriétés privées. Monsieur Badger a abattu un orignal dans des taillis couverts de jeunes saules et de broussailles. Il n'y avait ni clôture ni écriteau sur les terres en question, mais une maison de ferme se trouvait à un quart de mille de l'endroit où l'orignal a été abattu. Pour sa part, M. Kiyawasew chassait dans un champ couvert de neige. Le champ n'était pas

down barns shortly before he stopped to shoot the moose. He had seen signs which were posted on the land but he was unable to read them from the road. Mr. Ominayak was hunting on uncleared muskeg. There were no fences, signs or buildings in the vicinity.

The appellants were all convicted in the Provincial Court of Alberta. They appealed their summary convictions to the Court of Queen's Bench, challenging the constitutionality of the *Wildlife Act* in so far as it might affect them as Crees with status under Treaty No. 8. The Court of Queen's Bench affirmed the convictions. The appellants' appeals to the Alberta Court of Appeal were also dismissed.

Judgments Below

Alberta Court of Queen's Bench

Foster J., in brief reasons, held that *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, decided that Treaty No. 8 had been modified by the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* (hereinafter "NRTA"). Accordingly, an individual who comes within the ambit of Treaty No. 8 may hunt in order to obtain food on unoccupied Crown lands or on other lands to which he or she may have a right of access. This is the existing hunting right which is protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Foster J. also relied upon *R. v. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369 (Alta. C.A.), and *R. v. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239 (Alta. C.A.), to hold that an individual does not, without more, have a right of access to private lands. As a result, hunting on those lands was not protected under s. 35(1). Accordingly, she dismissed the appeals.

Court of Appeal (1993), 135 A.R. 286

Although all three judges of the Court of Appeal agreed that the appellants' appeals should be dis-

clôturé, mais M. Kiyawasew a témoigné qu'il avait croisé de vieilles granges délabrées peu avant de s'arrêter pour abattre l'original. Il avait vu des écriteaux sur le terrain, mais avait été incapable de les lire depuis la route. Enfin, M. Ominayak chassait dans une savane non déboisée. Il n'y avait pas de clôtures, d'écriteaux ou de bâtiments aux alentours.

Les appelants ont tous été déclarés coupables en Cour provinciale de l'Alberta. Ils ont interjeté appel à la Cour du Banc de la Reine de leur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et contesté la constitutionnalité de la *Wildlife Act* dans la mesure où elle pourrait porter atteinte à leurs droits en tant que Cris visés par le Traité n° 8. La Cour du Banc de la Reine a confirmé les déclarations de culpabilité, et la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté les appels.

Décisions des juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Dans des motifs succincts, Madame le juge Foster a conclu que, dans l'arrêt *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, il a été décidé que la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* (ci-après la «Convention») avait eu pour effet de modifier le Traité n° 8. Par conséquent, les personnes visées par ce traité peuvent chasser pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne ou sur d'autres terres auxquelles elles peuvent avoir un droit d'accès. C'est ce droit de chasse existant qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Foster s'est également appuyé sur les arrêts *R. c. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Alb.) et *R. c. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239 (C.A. Alb.), pour statuer qu'une personne ne jouit pas de ce seul fait d'un droit d'accès à des terres privées. En conséquence, la chasse sur de telles terres n'était pas protégée par le par. 35(1). Elle a donc rejeté les appels.

La Cour d'appel (1993), 135 A.R. 286

Bien que les trois juges de la Cour d'appel aient convenu que les appels devaient être rejetés, ils ont

24

25

26

missed, they travelled by different routes to reach that conclusion.

Per Kerans J.A.

27 Kerans J.A. concluded that it was not necessary to decide either if the hunting in question was protected under Treaty No. 8 or if Alberta could make laws that derogated from treaty rights. Rather, he held that pursuant to *Horseman, supra*, any treaty right to hunt other than on Crown lands had been extinguished by the *NRTA*. The “merger and consolidation” theory applied in *Horseman*, was effectively a theory of “extinguishment and replacement”. Because the Treaty No. 8 hunting right had been extinguished by the *NRTA*, reference could not be made to the Treaty to determine the scope of the “right of access” to hunt on the “other lands” referred to in the *NRTA*. As a result of this finding, he dismissed the appeals.

Per Lieberman J.A.

28 Lieberman J.A. held that *Horseman, supra*, defeated the appellants’ position in this case. He determined, at p. 357, that the “entrenchment of treaty rights in s. 35(1) of the [*Constitution Act*], 1982 has no application to the hunting rights conferred by Treaty No. 8” which he found had been extinguished by the *NRTA*. Thus, he concluded that the terms of the *Wildlife Act* prevailed and the appeals must be dismissed.

Per Conrad J.A.

29 Conrad J.A. held that since *Horseman, supra*, dealt with the right to hunt commercially on Crown lands, it was not binding on the issue as to whether a treaty right to hunt on private lands had been extinguished. Conrad J.A. observed that the question of whether Treaty No. 8 gave the appellants the right to hunt on privately owned lands required that consideration be given to the meaning of “unoccupied” Crown lands in the *NRTA* and

emprunté des voies différentes pour arriver à cette conclusion.

Le juge Kerans

Le juge Kerans a conclu qu’il n’était pas nécessaire de décider si les activités de chasse en question étaient protégées par le Traité n° 8 ou si le législateur albertain pouvait adopter des lois dérogeant à des droits issus de traités. Il a plutôt statué que, suivant l’arrêt *Horseman*, précité, la *Convention* avait eu pour effet d’éteindre tout droit de chasser — issu de traité — ailleurs que sur des terres appartenant à la Couronne, et que la théorie de l’[TRADUCTION] «unification et de la codification» appliquée dans l’arrêt *Horseman* était, dans les faits, une théorie d’«extinction et de substitution». Comme la *Convention* avait éteint le droit de chasser prévu par le Traité n° 8, il était impossible de se référer au Traité pour déterminer la portée du «droit d’accès» aux «autres terres» pour y chasser dont il est fait mention dans la *Convention*. En raison de cette conclusion, il a rejeté les appels.

Le juge Lieberman

Le juge Lieberman a conclu que l’arrêt *Horseman*, précité, réfutait la thèse avancée par les appellants en l’espèce. Il a statué que la [TRADUCTION] «constitutionnalisation des droits issus de traités dans le par. 35(1) de la [*Loi constitutionnelle*] de 1982 ne s’applique pas aux droits de chasse accordés par le Traité n° 8», droits qui, de conclure le juge, avaient été éteints par la *Convention*. En conséquence, il a décidé que les dispositions de la *Wildlife Act* prévalaient et que les appels devaient être rejetés.

Le juge Conrad

Madame le juge Conrad a conclu que, comme l’arrêt *Horseman*, précité, concernait le droit de chasser à des fins commerciales sur les terres de la Couronne, il n’avait pas de caractère obligatoire quant à la question de savoir si le droit — issu de traité — de chasser sur des terres privées avait été éteint. Le juge Conrad a signalé que, pour répondre à la question de savoir si le Traité n° 8 conférait aux appellants le droit de chasser sur des terres pri-

of “such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes” in Treaty No. 8. Conrad J.A. concluded that Crown lands would not be “unoccupied” merely because they were not put to some visible use. She found that the words “required or taken up” for “other purposes” were critical. She held that if the Crown’s interest was alienated or transferred to a private owner, the Crown had “required or taken up” the land under the Treaty and the land was no longer “unoccupied” under the *NRTA*. She concluded that even if “occupied” as defined in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, refers only to private lands visibly in use, she would extend the ratio of *Horse*, *supra*, and find that there is no treaty right to hunt on private land, regardless of whether or not it is in visible use. Therefore, she concluded that Treaty No. 8 did not reserve to the appellants the right to hunt on the privately owned lands in question and that the *Wildlife Act* did not infringe the right protected under s. 35(1).

In the event that she was wrong on that issue, Conrad J.A. went on to hold that if the Treaty did give the appellants the right to hunt on private lands, those rights had not been extinguished by the *NRTA*. The *NRTA* did not contain a clear intention to extinguish all treaty hunting rights, but only to extinguish commercial hunting rights on Crown lands. However, the hunting rights granted by the Treaty were not unlimited. They were subject to regulation and it would be necessary to determine if the regulations enacted in the Alberta *Wildlife Act* were a justifiable infringement on s. 35(1). Ultimately, she found that it was unnecessary to undertake an analysis of the justification in light of the fact that she had concluded that the treaty did

vées, il fallait analyser le sens du terme terres «inoccupées» de la Couronne figurant dans la *Convention*, ainsi que le sens du passage suivant du Traité n° 8: [TRADUCTION] «tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Le juge Conrad a statué que les terres de la Couronne n’étaient pas «inoccupées» du seul fait qu’elles ne font pas l’objet de quelque utilisation visible. Elle a jugé que les mots «requis ou pris» pour d’«autres objets» avaient une importance fondamentale. Elle a conclu que si la Couronne aliène ou transfère son droit à des intérêts privés, elle a alors «requis ou pris» les terres en cause au sens du Traité, qui cessent d’être «inoccupées» au sens de la *Convention*. Elle a statué que même si, au sens de l’arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, le mot «occupé» vise uniquement des terres privées utilisées d’une manière visible, elle entendait élargir la portée des motifs déterminants de l’arrêt *Horse*, précité, et conclure qu’il n’existe pas de droit — issu de traité — permettant de chasser sur des terres privées, que ces terres fassent ou non l’objet d’une utilisation visible. Par conséquent, elle a jugé que le Traité n° 8 ne réservait pas aux appelants le droit de chasser sur les terres privées en question, et que la *Wildlife Act* ne portait pas atteinte au droit protégé par le par. 35(1).

Au cas où elle aurait tort sur cette question, le juge Conrad a ensuite conclu que si le Traité conférait effectivement aux appelants le droit de chasser sur des terres privées ce droit n’avait pas été éteint par la *Convention*. En effet, ce texte n’exprime pas clairement l’intention d’éteindre tous les droits de chasse issus de traités, mais seulement l’intention de mettre fin au droit de chasser à des fins commerciales sur les terres de la Couronne. Cependant, les droits de chasse conférés par le Traité n’étaient pas illimités. Ils étaient subordonnés à la réglementation, et, en conséquence, il était nécessaire de décider si les règlements pris en application de la *Wildlife Act* de l’Alberta constituaient une violation justifiable du par. 35(1). En dernière analyse, le juge Conrad a conclu qu’il n’était pas nécessaire de se lancer dans une analyse de la question de la justification, puisqu’elle avait

not confer a right to hunt on private lands. She dismissed the appeals.

Relevant Treaty and Statutory Provisions

³¹ The relevant part of *Treaty No. 8*, made 21 June 1899, provides:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

³² The *Constitution Act, 1930*, s. 1 provides:

1. The agreements set out in the Schedule to this Act are hereby confirmed and shall have the force of law notwithstanding anything in the Constitution Act, 1867, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada, or in any Order in Council or terms or conditions of union made or approved under any such Act as aforesaid.

³³ The *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* is the Schedule referred to in s. 1. Paragraph 12 of the *NRTA* provides:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

³⁴ Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* provides:

conclu que le Traité ne conférait pas le droit de chasser sur des terres privées. Elle a rejeté les appels.

Dispositions pertinentes des lois et du Traité

Le passage pertinent du *Traité n° 8*, conclu le 21 juin 1899, est le suivant:

[TRADUCTION] Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets.

L'article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930* est ainsi rédigé:

1. Les conventions comprises dans l'annexe de la présente loi, sont par les présentes confirmées et auront force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans la Loi constitutionnelle de 1867, ou dans toute loi la modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada ou dans tout arrêté du Conseil ou termes ou conditions d'Union faits ou approuvés sous l'empire d'aucune de ces lois.

Voici le texte du par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930*, qui forme l'annexe mentionnée à l'article premier:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Quant au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il prévoit ceci:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Sections 26(1) and 27(1) of the *Wildlife Act* provide:

26(1) A person shall not hunt wildlife unless he holds a licence authorizing him, or is authorized by or under a licence, to hunt wildlife of that kind.

27(1) A person shall not hunt wildlife outside an open season or if there is no open season for that wildlife.

Constitutional Question

The constitutional question stated by this Court on May 2, 1994 is as follows:

If Treaty 8 confirmed to the Indians of the Treaty 8 Territory the right to hunt throughout the tract surrendered, does the right continue to exist or was it extinguished and replaced by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, 20-21 George V, c. 26 (U.K.))*, and if the right continues to exist, could that right be exercised on the lands in question and, if so, was the right impermissibly infringed upon by s. 26(1) or s. 27(1) of the *Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1*, given Treaty 8 and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

Analysis

On this appeal, the extent of the existing right to hunt for food possessed by Indians who are members of bands which were parties to Treaty No. 8 must be determined. The analysis should proceed through three stages. First, it is necessary to decide what effect para. 12 of the *NRTA* had upon the rights enunciated in Treaty No. 8. After resolving which instrument sets out the right to hunt for food, it is necessary to examine the limitations which are inherent in that right. It must be remembered that, even by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation. Second, consideration must then be given to the question of whether the existing right to hunt for food can be exercised on privately owned land. Third, it is necessary to determine whether the impugned

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Enfin, les par. 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act*, sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] 26(1) Nul ne peut chasser sans détenir le permis requis ou sans y être autorisé en vertu d'un permis.

27(1) Nul ne peut chasser un animal sauvage dont la chasse est interdite ou encore chasser un animal sauvage en dehors de la période fixée à cette fin.

Question constitutionnelle

Le 2 mai 1994, notre Cour a énoncé la question constitutionnelle suivante:

Si le Traité n° 8 confirmait aux Indiens du territoire de ce traité le droit de chasser dans l'ensemble de la zone cédée, le droit existe-t-il toujours ou a-t-il été éteint et remplacé par le par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, 20-21 George V, ch. 26 (R.-U.))* et, si le droit existe toujours, pouvait-il être exercé sur les terres en question. Dans l'affirmative, les par. 26(1) ou 27(1) de la *Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1*, portent-ils atteinte à ce droit, compte tenu du Traité n° 8 et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Analyse

Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer l'étendue du droit existant de chasser pour se nourrir des Indiens membres des bandes qui étaient parties au Traité n° 8. L'analyse se fera en trois étapes. Premièrement, il est nécessaire de déterminer les effets du par. 12 de la *Convention* sur les droits énoncés au Traité n° 8. Après avoir établi quel texte énonce le droit de chasser pour se nourrir, il est nécessaire d'examiner les restrictions inhérentes à ce droit. Il faut se rappeler que, même suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale. Deuxièmement, il faut se demander si le droit existant de chasser pour se nourrir peut être exercé sur des terres privées. Troisièmement, il est nécessaire de déterminer si les dispositions contestées de la

35

36

37

sections of the provincial *Wildlife Act* come within the specific types of regulation which have, since 1899, limited and defined the scope of the right to hunt for food. If they do, those sections do not infringe upon an existing treaty right and will be constitutional. If not, the sections may constitute an infringement of the Treaty rights guaranteed by Treaty No. 8, as modified by the *NRTA*. In this case the impugned provisions should be considered in accordance with the principles set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to determine whether they constitute a *prima facie* infringement of the Treaty rights as modified, and if so, whether the infringement can be justified.

Wildlife Act provinciale participent des mesures spécifiques de réglementation qui, depuis 1899, définissent et limitent l'étendue du droit en question. Dans l'affirmative, ces dispositions ne portent pas atteinte à un droit existant issu de traité et elles seront jugées constitutionnelles. Dans le cas contraire, toutefois, ces dispositions peuvent constituer une atteinte aux droits garantis par le Traité n° 8, qui ont été modifiés par la *Convention*. En l'espèce, il y a lieu d'examiner les dispositions contestées à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, en vue de déterminer si elles constituent une atteinte *prima facie* aux droits modifiés issus du Traité et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée.

38 It is now appropriate to consider the source of the existing right to hunt for food.

Il convient maintenant de s'interroger sur la source du droit existant de chasser pour se nourrir.

The Existing Right to Hunt for Food

Le droit existant de chasser pour se nourrir

The Hunting Right Provided by Treaty No. 8

Le droit de chasser prévu au Traité n° 8

39 Treaty No. 8 is one of eleven numbered treaties concluded between the federal government and various Indian bands between 1871 and 1923. Their objective was to facilitate the settlement of the West. Treaty No. 8, made on June 21, 1899, involved the surrender of vast tracts of land in what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and part of the Northwest Territories. In exchange for the land, the Crown made a number of commitments, for example, to provide the bands with reserves, education, annuities, farm equipment, ammunition, and relief in times of famine or pestilence. However, it is clear that for the Indians the guarantee that hunting, fishing and trapping rights would continue was the essential element which led to their signing the treaties. The report of the Commissioners who negotiated Treaty No. 8 on behalf of the government underscored the importance to the Indians of the right to hunt, fish and trap. The Commissioners wrote:

Le Traité n° 8 est l'un des onze traités numérotés qui ont été conclus par le gouvernement fédéral et diverses bandes indiennes entre 1871 et 1923. Ces traités visaient à faciliter la colonisation de l'Ouest. Le Traité n° 8, signé le 21 juin 1899, prévoyait la cession de vastes territoires dans ce qui constitue aujourd'hui le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et une partie des Territoires du Nord-Ouest. En contrepartie de ces territoires, la Couronne a pris un certain nombre d'engagements envers les bandes: par exemple l'engagement de créer des réserves pour les bandes, de pourvoir à l'instruction de leurs membres, de leur verser des annuités, de leur fournir de l'équipement agricole et des munitions, et de leur porter secours en cas de famine et d'épidémie de peste. Cependant, il est clair que pour les Indiens la garantie que leur droit de chasser, de piéger et de pêcher continuerait d'être respecté a été le facteur essentiel qui les a amenés à signer les traités. Dans leur rapport, les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pour le compte du gouvernement ont souligné l'importance qu'avait pour les Indiens le droit de chasser, de piéger et de pêcher. Les commissaires ont écrit ceci:

There was expressed at every point the fear that the making of the treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges. . . .

We pointed out . . . that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them. . . .

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it. [Emphasis added.]

Treaty No. 8, then, guaranteed that the Indians “shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing”. The Treaty, however, imposed two limitations on the right to hunt. First, there was a geographic limitation. The right to hunt could be exercised “throughout the tract surrendered . . . saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. Second, the right could be limited by government regulations passed for conservation purposes.

Impact of Paragraph 12 of the NRTA

Principles of Interpretation

At the outset, it may be helpful to once again set out some of the applicable principles of interpretation. First, it must be remembered that a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. It is an agreement whose nature is sacred. See *R. v. Sioui*,

[TRADUCTION] Ils [les Indiens] expriment partout la crainte que la signature du traité ne fut suivie d'une restriction des privilèges de chasse et de pêche. . . .

Nous leur fîmes comprendre [. . .] qu'ils auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie, et qu'on espérait que les sauvages s'en serviraient . . .

Notre principale difficulté à surmonter était la crainte qu'on restreindrait leurs privilèges de chasse et de pêche. La disposition du traité en vertu de laquelle des munitions et de la ficelle devaient être fournies contribua beaucoup à apaiser les craintes des sauvages, car ils admirent qu'il ne serait pas raisonnable de leur fournir les moyens de chasser et de pêcher si l'on devait faire une loi qui restreindrait tellement la chasse et la pêche qu'il serait presque impossible de gagner sa vie en s'y livrant. Mais en sus de cette disposition, nous avons dû leur affirmer solennellement qu'on ne ferait sur la chasse et la pêche que des lois qui seraient dans l'intérêt des sauvages et qu'on trouverait nécessaires pour protéger le poisson et les animaux à fourrure, et qu'ils seraient aussi libres de chasser et de pêcher après le traité qu'ils le seraient s'ils n'avaient jamais fait de traité. [Je souligne.]

Le Traité n° 8 garantissait donc aux Indiens [TRADUCTION] «le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche». En revanche, le Traité imposait deux restrictions au droit de chasser. Premièrement, ce droit était assujéti à des limites territoriales. En effet, le droit de chasser pouvait être exercé [TRADUCTION] «dans l'étendue de pays cédée [. . .] sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Deuxièmement, ce droit pouvait être limité par des règlements pris par le gouvernement en matière de conservation.

Effets du par. 12 de la Convention

Principes d'interprétation

Il pourrait être utile, au départ, de rappeler certains des principes d'interprétation applicables. Premièrement, il convient de rappeler qu'un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées, un accord dont le caractère est sacré. Voir *R.*

[1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1063; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 401. Second, the honour of the Crown is always at stake in its dealing with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon treaty or aboriginal rights must be approached in a manner which maintains the integrity of the Crown. It is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned. See *Sparrow*, *supra*, at pp. 1107-8 and 1114; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (Ont. C.A.), at p. 367. Third, any ambiguities or doubtful expressions in the wording of the treaty or document must be resolved in favour of the Indians. A corollary to this principle is that any limitations which restrict the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. See *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *Simon*, *supra*, at p. 402; *Sioui*, *supra*, at p. 1035; and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 142-43. Fourth, the onus of proving that a treaty or aboriginal right has been extinguished lies upon the Crown. There must be "strict proof of the fact of extinguishment" and evidence of a clear and plain intention on the part of the government to extinguish treaty rights. See *Simon*, *supra*, at p. 406; *Sioui*, *supra*, at p. 1061; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 404.

c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1063; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 401. Deuxièmement, l'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée: *Sparrow*, précité, aux pp. 1107, 1108 et 1114; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A. Ont.), à la p. 367. Troisièmement, toute ambiguïté dans le texte du traité ou du document en cause doit profiter aux Indiens. Ce principe a pour corollaire que toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *Simon*, précité, à la p. 402; *Sioui*, précité, à la p. 1035; et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pp. 142 et 143. Quatrièmement, il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint. Il faut apporter la «preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction» ainsi que la preuve de l'intention claire et expresse du gouvernement d'éteindre des droits issus de traité. Voir *Simon*, précité, à la p. 406; *Sioui*, précité, à la p. 1061; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 404.

- 42 These principles of interpretation must now be applied to this case.

Interpreting the NRTA

- 43 The issue at this stage is whether the *NRTA* extinguished and replaced the Treaty No. 8 right to hunt for food. It is my conclusion that it did not.

- 44 For ease of reference, para. 12 of the *NRTA* provides:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws

Appliquons maintenant ces principes d'interprétation à la présente affaire.

Interprétation de la Convention

La question qui se pose à cette étape-ci est de savoir si la *Convention* a éteint et remplacé le droit de chasser pour se nourrir prévu au Traité n° 8. Ma conclusion est qu'elle n'a pas eu cet effet.

Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau le texte du par. 12 de la *Convention*:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada con-

respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

It has been held that the *NRTA* had the clear intention of both limiting and expanding the treaty right to hunt. In *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, consideration was given to the differences between Treaty No. 6 (which, for this purpose, has a hunting rights clause similar to that in Treaty No. 8) and para. 12 of the *NRTA*. Dickson J., as he then was, held at p. 100:

The essential differences, for present purposes, between the Treaty and the Agreement are (i) under the former the hunting rights were at large while under the latter the right is limited to hunting for food and (ii) under the former the rights were limited to about one-third of the Province of Alberta, while under the latter they extend to the entire province.

And at p. 101, he stated:

The Appellate Division . . . held that para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreements of Alberta and Saskatchewan did two things: (i) it enlarged the areas in which Alberta and Saskatchewan Indians could respectively hunt and fish for food; (ii) it limited their rights to hunt and fish otherwise than for food by making those rights subject to provincial game laws. I would agree that such is the effect of para. 12.

To the same effect, see *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337 (Alta. S.C. App. Div.), at p. 344, as adopted in *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81, at p. 84.

This Court most recently considered the effect the *NRTA* had upon treaty rights in *Horseman*, *supra*. There, it was held that para. 12 of the *NRTA*

sent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Il a été décidé que la *Convention* exprimait clairement l'intention tant de restreindre le droit de chasser prévu par le traité que d'élargir la portée de ce droit. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, notre Cour a étudié les différences qui existent entre le Traité n° 6 (qui, en ce qui nous concerne, contient une disposition touchant les droits de chasse analogue à celle figurant au Traité n° 8) et le par. 12 de la *Convention*. Le juge Dickson, plus tard juge en chef, a tiré la conclusion suivante, à la p. 100:

Aux fins de ce litige, les différences essentielles entre le traité et la Convention se résument comme suit: (i) en vertu du traité, les droits de chasse ne sont pas définis alors qu'en vertu de la Convention, ils sont limités à la chasse de subsistance et (ii) en vertu du traité, ces droits sont limités à environ un tiers de la province de l'Alberta alors qu'en vertu de la Convention, ils s'étendent à toute la province.

Il a ajouté ceci, à la p. 101:

La Division d'appel a [. . .] conclu que l'art. 12 des Conventions sur les ressources naturelles de l'Alberta et de la Saskatchewan avait un double effet: (i) agrandir le territoire sur lequel les Indiens de l'Alberta et de la Saskatchewan pouvaient respectivement chasser et pêcher pour leur nourriture et (ii) restreindre leurs droits de chasse et de pêche dans un autre but que leur subsistance, en assujettissant l'exercice de ces droits aux lois provinciales sur la protection de la faune. Je pense que cela résume bien l'effet de l'art. 12.

Au même effet, voir la décision *R. c. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337 (C.S. Alb., Div. app.), à la p. 344, à laquelle a souscrit notre Cour dans l'arrêt *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, à la p. 84.

Tout récemment, dans l'arrêt *Horseman*, précité, notre Cour a étudié l'effet de la *Convention* sur les droits issus de traités. Elle y a conclu que le par. 12

evidenced a clear intention to extinguish the treaty protection of the right to hunt commercially. However, it was emphasized that the right to hunt for food continued to be protected and had in fact been expanded by the *NRTA*. At page 933, this appears:

Although the Agreement did take away the right to hunt commercially, the nature of the right to hunt for food was substantially enlarged. The geographical areas in which the Indian people could hunt was widely extended. Further, the means employed by them in hunting for their food was placed beyond the reach of provincial governments. For example, they may hunt deer with night lights and with dogs, methods which are or may be prohibited for others. Nor are the Indians subject to seasonal limitations as are all other hunters. That is to say, they can hunt ducks and geese in the spring as well as the fall, just as they may hunt deer at any time of the year. Indians are not limited with regard to the type of game they may kill. That is to say, while others may be restricted as to the species or sex of the game they may kill, the Indians may kill for food both does and bucks; cock pheasants and hen pheasants; drakes and hen ducks. [Emphasis added.]

See also *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695, at p. 722; and *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, at p. 141. I might add that *Horseman, supra*, is a recent decision which should be accepted as resolving the issues which it considered. The decisions of this Court confirm that para. 12 of the *NRTA* did, to the extent that its intent is clear, modify and alter the right to hunt for food provided in Treaty No. 8.

47

Pursuant to s. 1 of the *Constitution Act, 1930*, there can be no doubt that para. 12 of the *NRTA* is binding law. It is the legal instrument which currently sets out and governs the Indian right to hunt. However, the existence of the *NRTA* has not deprived Treaty No. 8 of legal significance. Treaties are sacred promises and the Crown's honour requires the Court to assume that the Crown intended to fulfil its promises. Treaty rights can

de la *Convention* démontrait l'existence d'une intention claire d'éteindre la protection par le traité du droit de faire la chasse commerciale. Toutefois, il y a été précisé que le droit de chasser pour se nourrir continuait d'être protégé et qu'il avait, de fait, été élargi par la *Convention*. À la p. 933, on peut lire ceci:

Quoique la *Convention* ait bel et bien supprimé le droit de faire de la chasse commerciale, le droit de chasser pour se nourrir a été sensiblement élargi. Les territoires sur lesquels pouvaient chasser les Indiens ont été considérablement agrandis. En outre, les moyens employés par eux aux fins de la chasse pour se nourrir ont été soustraits à la compétence des gouvernements provinciaux. Il est, par exemple, permis aux Indiens de chasser le chevreuil en se servant d'un faisceau lumineux et de chiens, méthodes qui sont ou peuvent être défendues aux autres. Les Indiens ne sont pas non plus soumis aux restrictions saisonnières que se voient imposer tous les autres chasseurs. C'est-à-dire qu'ils peuvent chasser le canard et l'oie au printemps comme à l'automne, tout comme ils peuvent chasser le chevreuil à longueur d'année. Les Indiens ne sont assujettis à aucune restriction quant au type de gibier qu'ils peuvent tuer. Cela veut dire que si d'autres personnes peuvent avoir à respecter des restrictions en ce qui concerne l'espèce ou le sexe du gibier qu'elles peuvent tuer, les Indiens eux peuvent, pour se nourrir, tuer le mâle et la femelle du chevreuil, faisans et faisanes, canards et canes. [Je souligne.]

Voir également les arrêts *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, à la p. 722, et *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, à la p. 141. Je tiens à ajouter que le récent arrêt *Horseman*, précité, doit être considéré comme ayant tranché les questions qui y étaient soulevées. Les décisions de notre Cour confirment que, dans la mesure où cette intention y est clairement exprimée, le par. 12 de la *Convention* modifie le droit de chasser pour se nourrir prévu par le Traité n° 8.

À la lumière de l'article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930*, il ne saurait faire de doute que le par. 12 de la *Convention* est une règle de droit ayant force obligatoire. Cette disposition est le texte juridique qui, actuellement, énonce et régit le droit de chasse des Indiens. Toutefois, l'existence de la *Convention* n'a pas enlevé au Traité n° 8 toute son importance juridique. Les traités sont des promesses sacrées, et l'honneur de la

only be amended where it is clear that effect was intended. It is helpful to recall that Dickson J. in *Frank, supra*, observed at p. 100 that, while the *NRTA* had partially amended the scope of the Treaty hunting right, “of equal importance was the desire to re-state and reassure to the treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food” (emphasis added). I believe that these words support my conclusion that the Treaty No. 8 right to hunt has only been altered or modified by the *NRTA* to the extent that the *NRTA* evinces a clear intention to effect such a modification. This position has been repeatedly confirmed in the decisions referred to earlier. Unless there is a direct conflict between the *NRTA* and a treaty, the *NRTA* will not have modified the treaty rights. Therefore, the *NRTA* language which outlines the right to hunt for food must be read in light of the fact that this aspect of the treaty right continues in force and effect.

Like Treaty No. 8, the *NRTA* circumscribes the right to hunt for food with respect to both the geographical area within which this right may be exercised as well as the regulations which may properly be imposed by the government. The geographical limitations must now be considered.

Geographical Limitations on the Right to Hunt for Food

Under the *NRTA*, Indians may exercise a right to hunt for food “on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access”. In the present appeals, the hunting occurred on lands which had been included in the 1899 surrender but were now privately owned. Therefore, it must be determined whether these privately owned lands were “other

Couronne commande que la Cour présume que cette dernière entendait respecter ses promesses. Des droits issus de traités ne peuvent être modifiés que lorsque c’est clairement cet effet qui était visé. Il est utile de rappeler que, à la p. 100 de l’arrêt *Frank*, précité, le juge Dickson a souligné que même si la *Convention* avait partiellement modifié la portée du droit de chasse prévu au Traité ce texte a «également [. . .] réaffirm[é] et [. . .] garanti[. . .] aux Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance» (je souligne). À mon avis, ces propos appuient ma conclusion que le droit de chasser prévu au Traité n° 8 a été modifié par la *Convention*, mais uniquement dans la mesure où l’intention d’apporter cette modification ressort clairement de ce texte. Le bien-fondé de cette thèse a été confirmé à maintes reprises dans les décisions mentionnées précédemment. La *Convention* n’a eu pour effet de modifier des droits issus de traités que dans les cas où il y avait conflit direct entre elle et le traité en cause. Par conséquent, le texte de la *Convention* qui énonce le droit de chasser pour se nourrir doit être interprété à la lumière du fait que cet aspect du droit de chasser issu du traité continue d’être en vigueur et de produire ses effets.

À l’instar du Traité n° 8, la *Convention* circonscrit le droit de chasser pour se nourrir, et ce tant en ce qui concerne le territoire sur lequel ce droit peut être exercé qu’en ce qui concerne la réglementation dont le gouvernement peut à bon droit imposer le respect dans l’exercice du droit en question. Examinons d’abord la question des limites territoriales.

Limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir

Aux termes de la *Convention*, les Indiens peuvent exercer le droit de chasser pour se nourrir «sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès». Dans les présents pourvois, la chasse a été pratiquée sur des terres qui, bien que visées par la cession de 1899, étaient devenues des terres privées. Par consé-

48

49

lands” to which the Indians had a “right of access” under the Treaty.

quent, il faut déterminer si ces terres privées étaient d’«autres terres» auxquelles les Indiens avaient un «droit d’accès» en vertu du Traité.

50 At this stage, three preliminary points should be made. First, the “right of access” in the *NRTA* does not refer to a general right of access but, rather, it is limited to a right of access for the purposes of hunting: *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, at p. 97; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 459. For example, everyone can travel on public highways, but this general right of access cannot be read as conferring upon Indians a right to hunt on public highways.

À cette étape-ci, trois remarques préliminaires s’imposent. Premièrement, le «droit d’accès» prévu par la *Convention* n’est pas un droit d’accès général, mais plutôt un droit d’accès limité pour chasser: *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, à la p. 97; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 459. Par exemple, même si toute personne peut circuler sur les routes publiques, ce droit d’accès général ne peut être interprété comme ayant pour effet de conférer aux Indiens le droit de chasser sur les routes publiques.

51 Second, because the various treaties affected by the *NRTA* contain different wording, the extent of the treaty right to hunt on privately owned land may well differ from one treaty to another. While some treaties contain express provisions with respect to hunting on private land, others, such as Treaty No. 8, do not. Under Treaty No. 8, the right to hunt for food could be exercised “throughout the tract surrendered” to the Crown “saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.” Accordingly, if the privately owned land is not “required or taken up” in the manner described in Treaty No. 8, it will be land to which the Indians had a right of access to hunt for food.

Deuxièmement, étant donné que les divers traités touchés par la *Convention* sont libellés différemment, la portée du droit issu de traité de chasser sur des terres privées peut très bien varier d’un traité à l’autre. Alors que certains traités comportent des dispositions touchant expressément la chasse sur des terres privées, d’autres, comme le Traité n° 8, n’en ont pas. Sous le régime du Traité n° 8, le droit de chasser pour se nourrir pouvait être exercé [TRADUCTION] «dans l’étendue de pays cédée» à la Couronne, [TRADUCTION] «sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Par conséquent, si les terres privées ne sont pas «requis ou prises» de la manière prévue au Traité n° 8, les Indiens y ont accès afin d’y chasser pour se nourrir.

52 Third, the applicable interpretative principles must be borne in mind. Treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and any uncertainties, ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians. In addition, when considering a treaty, a court must take into account the context in which the treaties were negotiated, concluded and committed to writing. The treaties, as written documents, recorded an agreement that had already been reached orally and they did not always record the full extent of the oral agreement: see Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), at

Troisièmement, il faut garder à l’esprit les principes d’interprétation applicables. Les traités et les lois qui concernent les Indiens doivent être interprétés de façon libérale, et toute incertitude ou ambiguïté doit profiter aux Indiens. En outre, le tribunal qui examine un traité doit tenir compte du contexte dans lequel les traités ont été négociés, conclus et couchés par écrit. En tant qu’écrits, les traités constataient des accords déjà conclus verbalement, mais ils ne rapportaient pas toujours la pleine portée de ces ententes verbales: voir Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), aux pp. 338 à 342; *Sioui*, précité, à la

pp. 338-42; *Sioui*, *supra*, at p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985). The treaties were drafted in English by representatives of the Canadian government who, it should be assumed, were familiar with common law doctrines. Yet, the treaties were not translated in written form into the languages (here Cree and Dene) of the various Indian nations who were signatories. Even if they had been, it is unlikely that the Indians, who had a history of communicating only orally, would have understood them any differently. As a result, it is well settled that the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. Rather, they must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. This applies, as well, to those words in a treaty which impose a limitation on the right which has been granted. See *Nowegijick*, *supra*, at p. 36; *Sioui*, *supra*, at pp. 1035-36 and 1044; *Sparrow*, *supra*, at p. 1107; and *Mitchell*, *supra*, where La Forest J. noted the significant difference that exists between the interpretation of treaties and statutes which pertain to Indians.

The evidence led at trial indicated that in 1899 the Treaty No. 8 Indians would have understood that land had been "required or taken up" when it was being put to a use which was incompatible with the exercise of the right to hunt. Historian John Foster gave expert evidence in this case. His testimony indicated that, in 1899, Treaty No. 8 Indians would not have understood the concept of private and exclusive property ownership separate from actual land use. They understood land to be required or taken up for settlement when buildings or fences were erected, land was put into crops, or farm or domestic animals were present. Enduring church missions would also be understood to constitute settlement. These physical signs shaped the Indians' understanding of settlement because they were the manifestations of exclusionary land use which the Indians had witnessed as new settlers moved into the West. The Indians' experience with the Hudson's Bay Company was also relevant.

p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985). Les traités, qui ont été rédigés en anglais par des représentants du gouvernement canadien qui, on le présume, connaissaient les doctrines de common law, n'ont toutefois pas été traduits, par écrit, dans les diverses langues (en l'espèce le cri et le déné) des nations indiennes qui en étaient signataires. D'ailleurs, même s'ils l'avaient été, il est peu probable que les Indiens, qui communiquaient exclusivement oralement, les auraient interprétés différemment. Par conséquent, il est bien établi que le texte d'un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d'interprétation modernes. Il faut plutôt lui donner le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. Cela vaut également pour les mots d'un traité qui ont pour effet de limiter le droit accordé dans celui-ci. Voir *Nowegijick*, précité, à la p. 36; *Sioui*, précité, aux pp. 1035, 1036 et 1044; *Sparrow*, précité, à la p. 1107; et *Mitchell*, précité, où le juge La Forest a fait état de l'importante différence qui existe entre l'interprétation des traités avec les Indiens et des lois touchant ces derniers.

La preuve produite au procès a indiqué que, en 1899, les Indiens visés par le Traité n° 8 comprendraient que des terres étaient «requisées ou prises» si elles étaient utilisées à des fins incompatibles avec l'exercice du droit de chasse. L'historien John Foster a témoigné à titre d'expert dans le cadre de la présente affaire. Il ressort de son témoignage que, en 1899, les Indiens visés par le Traité n° 8 n'auraient pas saisi le concept selon lequel un particulier peut être propriétaire exclusif de terrains, indépendamment de l'utilisation concrète qui en est faite. Pour les Indiens, des terres étaient requises ou prises pour des fins de colonisation si on y construisait des bâtiments ou des clôtures, si on les cultivait ou si on y gardait des animaux de ferme ou des animaux domestiques. L'établissement de missions religieuses permanentes aurait également été perçu comme un signe de colonisation. Ces indications matérielles ont façonné la conception qu'avaient les Indiens de la colonisation, puis-

Although that company had title to vast tracts of land, the Indians were not excluded from and in fact continued hunting on these lands. In the course of their trading, the Hudson's Bay Company and the Northwest Company had set up numerous posts that were subsequently abandoned. The presence of abandoned buildings, then, would not necessarily signify to the Indians that land was taken up in a way which precluded hunting on them. Yet, it is dangerous to pursue this line of thinking too far. The abandonment of land may be temporary. Owners may return to reoccupy the land, to undertake maintenance, to inspect it or simply to enjoy it. How "unoccupied" the land was at the relevant time will have to be explored on a case-by-case basis.

qu'elles étaient des manifestations de l'utilisation exclusive des terres dont les Indiens avaient été témoins à l'arrivée des colons dans l'Ouest. L'expérience des Indiens dans leurs rapports avec la Compagnie de la Baie d'Hudson était également pertinente. En effet, même si la Compagnie était propriétaire de vastes étendues, il n'avait pas été interdit aux Indiens d'y chasser, et, de fait, ils avaient continué à le faire. Dans le cours de leurs activités commerciales, la Compagnie de la Baie d'Hudson et la Compagnie du Nord-Ouest avaient établi de nombreux postes de traite qui ont par la suite été abandonnés. La présence de bâtiments abandonnés n'aurait donc pas nécessairement signifié pour les Indiens que les terres en question avaient été prises d'une manière qui les empêchait d'y chasser. Il est cependant risqué de pousser trop loin ce raisonnement. L'abandon d'une terre peut n'être que temporaire. En effet, le propriétaire peut y revenir pour l'occuper de nouveau, pour l'entretenir, pour l'inspecter ou tout simplement pour en jouir. La question de savoir dans quelle mesure la terre en cause était «inoccupée» au moment concerné doit être tranchée au cas par cas.

54 An interpretation of the Treaty properly founded upon the Indians' understanding of its terms leads to the conclusion that the geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use. This approach is consistent with the oral promises made to the Indians at the time the Treaty was signed, with the oral history of the Treaty No. 8 Indians, with earlier case law and with the provisions of the *Alberta Wildlife Act* itself.

Si on interprète les termes du Traité en se fondant, comme il se doit, sur la conception qu'en ont les Indiens, on est amené à conclure que la limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s'appuyer sur le critère de l'utilisation visible et incompatible des terres en cause. Cette solution est conforme aux promesses verbales faites aux Indiens au moment de la signature du Traité, à l'histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8, aux premières décisions des tribunaux sur la question et aux dispositions mêmes de la *Wildlife Act* de l'Alberta.

55 The Indian people made their agreements orally and recorded their history orally. Thus, the verbal promises made on behalf of the federal government at the times the treaties were concluded are of great significance in their interpretation. Treaty No. 8 was initially concluded with the Indians at Lesser Slave Lake. The Commissioners then travelled to many other bands in the region and sought their adhesion to the Treaty. Oral promises were made with the Lesser Slave Lake band and with

Comme les Indiens concluaient leurs ententes verbalement et transmettaient leur histoire orale, les promesses verbales faites pour le compte du gouvernement fédéral au moment de la conclusion des traités revêtent une importance considérable pour l'interprétation de ceux-ci. Le Traité n° 8 a été conclu en premier avec les Indiens de la région du Petit lac des Esclaves. Les commissaires se déplacèrent ensuite pour aller rencontrer de nombreuses autres bandes de la région en vue

the other Treaty signatories and these promises have been recorded in the Treaty Commissioners' Reports and in contemporary affidavits and diaries of interpreters and other government officials who participated in the negotiations. See in particular: Richard Daniel, "The Spirit and Terms of Treaty Eight", in Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (1979), at pp. 47-100; and René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* (1973), at pp. 73-100. The Indians' primary fear was that the treaty would curtail their ability to pursue their livelihood as hunters, trappers and fishers. Commissioner David Laird, as cited in Daniel, "The Spirit and Terms of Treaty Eight", at p. 76, told the Lesser Slave Lake Indians in 1899:

Indians have been told that if they make a treaty they will not be allowed to hunt and fish as they do now. This is not true. Indians who take treaty will be just as free to hunt and fish all over as they now are.

In return for this the Government expects that the Indians will not interfere with or molest any miner, traveller or settler. [Emphasis added.]

Since the Treaty No. 8 lands were not well suited to agriculture, the government expected little settlement in the area. The Commissioners, cited in Daniel, at p. 81, indicated that "it is safe to say that so long as the fur-bearing animals remain, the great bulk of the Indians will continue to hunt and to trap". The promise that this livelihood would not be affected was repeated to all the bands who signed the Treaty. Although it was expected that some white prospectors might stake claims in the north, this was not expected to have an impact on the Indians' hunting rights. For example, one com-

d'obtenir leur adhésion au Traité. Certaines promesses verbales ont été faites à la bande du Petit lac des Esclaves et aux autres signataires du Traité, et ces promesses ont été consignées dans les rapports des commissaires, dans des affidavits faits à la même époque et dans des journaux tenus par des interprètes et autres représentants du gouvernement ayant participé aux négociations. Voir, en particulier: Richard Daniel, «The Spirit and Terms of Treaty Eight», dans Richard Price, dir., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (1979), aux pp. 47 à 100; et René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* (1973), aux pp. 73 à 100. La principale crainte des Indiens était que le traité restreindrait leur capacité de gagner leur vie en tant que chasseurs, de trappeurs et pêcheurs. Le commissaire David Laird a dit ceci aux Indiens du Petit lac des Esclaves en 1899, propos qui sont cités dans Daniel, «The Spirit and Terms of Treaty Eight», à la p. 76:

[TRADUCTION] Les Indiens se sont fait dire que s'ils signent un traité, ils ne pourront plus chasser et pêcher comme ils le font actuellement. Cela est faux. Les Indiens qui signeront le traité seront tout aussi libres qu'ils le sont actuellement de chasser et de pêcher partout.

En contrepartie, le gouvernement s'attend à ce que les Indiens ne nuisent pas aux mineurs, aux voyageurs ou aux colons et ne les molestent pas. [Je souligne.]

Comme les terres visées par le Traité n° 8 étaient impropres à l'agriculture, le gouvernement prévoyait peu d'activités de colonisation dans la région. Les commissaires, dont les propos sont rapportés dans Daniel, à la p. 81, ont affirmé qu'[TRADUCTION] «il est possible de dire, sans risque de se tromper, que tant et aussi longtemps qu'il y aura des animaux à fourrure, la vaste majorité des Indiens continueront à chasser et à piéger». La promesse que ce moyen de gagner leur vie ne serait pas touché a été faite à toutes les bandes qui ont signé le Traité. Même si on prévoyait que des prospecteurs blancs jalonnaient des claims dans le nord, on n'entrevoit pas que cela aurait des conséquences sur les droits de chasse des Indiens. Par exemple, voici les propos, cités dans René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall*

missioner, cited in René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last*, at p. 90, stated:

We are just making peace between Whites and Indians — for them to treat each other well. And we do not want to change your hunting. If Whites should prospect, stake claims, that will not harm anyone.

Last, à la p. 90, qu'a tenu un commissaire à cet égard:

[TRADUCTION] Nous faisons simplement la paix entre les Blancs et les Indiens — afin qu'ils se conduisent bien les uns envers les autres. Et nous ne voulons rien changer à votre chasse. Si les Blancs prospectent, jalonent des claims, personne n'en subira de préjudice.

56

Commissioner Laird told the Indians that the promises made to them were to be similar to those made with other Indians who had agreed to a treaty. Accordingly, it is significant that the earlier promises also contemplated a limited interference with Indians' hunting and fishing practices. See, for example, Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, *supra*. In negotiating Treaty No. 1, the Lieutenant Governor of Manitoba, A. G. Archibald, made the following statement to the Indians, at p. 29:

When you have made your treaty you will still be free to hunt over much of the land included in the treaty. Much of it is rocky and unfit for cultivation, much of it that is wooded is beyond the places where the white man will require to go, at all events for some time to come. Till these lands are needed for use you will be free to hunt over them, and make all the use of them which you have made in the past. But when lands are needed to be tilled or occupied, you must not go on them any more. There will still be plenty of land that is neither tilled nor occupied where you can go and roam and hunt as you have always done, and, if you wish to farm, you will go to your own reserve where you will find a place ready for you to live on and cultivate. [Emphasis added.]

With respect to Treaty No. 4, Lt. Gov. Morris made the following statement to the Indians, at p. 96:

We have come through the country for many days and we have seen hills and but little wood and in many places little water, and it may be a long time before there are many white men settled upon this land, and you will have the right of hunting and fishing just as you

Le commissaire Laird a déclaré aux Indiens qu'on leur faisait des promesses analogues à celles faites aux autres Indiens ayant déjà conclu un traité. En conséquence, il est important de signaler que, dans les premières promesses faites aux Indiens, on envisageait également la possibilité d'une atteinte limitée à leurs pratiques en matière de chasse et de pêche. Voir, par exemple, Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, *op. cit.* Au cours de la négociation du Traité n° 1, le lieutenant-gouverneur du Manitoba, A. G. Archibald, a déclaré ce qui suit aux Indiens, à la p. 29:

[TRADUCTION] Quand vous aurez signé votre traité, vous serez encore libres de chasser sur une bonne partie des terres qu'il vise. Elles sont en grande partie rocheuses et impropres à la culture. Les terres boisées se situent dans une large mesure en dehors des régions où les Blancs devront aller et cet état de choses devrait durer encore assez longtemps. En attendant qu'on ait besoin de ces terres, vous pourrez y chasser et vous en servir comme vous l'avez fait par le passé. Mais dès qu'on en aura besoin pour la culture ou pour les occuper, vous ne devrez plus y pénétrer. Il y aura encore à ce moment-là de grandes étendues de terre qui ne seront ni cultivées ni occupées où vous pourrez circuler et chasser comme vous l'avez toujours fait et, si vous souhaitez devenir cultivateurs, vous irez sur votre propre réserve où vous trouverez un terrain sur lequel vous pourrez vous installer et que vous pourrez cultiver. [Je souligne.]

Relativement au Traité n° 4, le lieutenant-gouverneur Morris a affirmé ce qui suit aux Indiens, à la p. 96:

[TRADUCTION] Nous avons mis bien des jours à traverser le pays et nous avons vu des collines mais pas beaucoup d'arbres. À bien des endroits, il n'y a que peu d'eau. Il pourra s'écouler beaucoup de temps avant que des Blancs ne viennent s'installer en grand nombre sur ce

have now until the land is actually taken up. [Emphasis added.]

With respect to Treaty No. 6, Lt. Gov. Morris stated at p. 218:

You want to be at liberty to hunt as before. I told you we did not want to take that means of living from you, you have it the same as before, only this, if a man, whether Indian or Half-breed, had a good field of grain, you would not destroy it with your hunt. [Emphasis added.]

The oral history of the Treaty No. 8 Indians reveals a similar understanding of the treaty promises. Dan McLean, an elder from the Sturgeon Lake Indian Reserve, gave evidence in this trial. He indicated that the understanding of the treaty promise was that Indians were allowed to hunt anytime for food to feed their families. They could hunt on unoccupied Crown land and on abandoned land. If there was no fence on the land, they could hunt, but if there was a fence, they could not hunt there. This testimony is consistent with the oral histories presented by other Treaty No. 8 elders whose stories have been recorded by historians. The Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers' farm animals or buildings. No doubt the Indians believed that most of the Treaty No. 8 land would remain unoccupied and so would be available to them for hunting, fishing and trapping. See *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, *supra*, at pp. 92-100.

Accordingly, the oral promises made by the Crown's representatives and the Indians' own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. Turning to the case law, it is clear that the courts have also accepted this interpretation and have concluded that whether or not land has been taken up or occu-

territoire et en attendant que cela se produise, vous aurez le même droit de chasser et de pêcher que vous avez maintenant. [Je souligne.]

En ce qui concerne le Traité n° 6, le lieutenant-gouverneur Morris a dit ceci, à la p. 218:

[TRADUCTION] Vous voulez être libres de chasser comme auparavant. Je vous ai dit que nous ne voulons pas vous priver de ce moyen de subsistance; rien n'est changé sauf que, si un homme, qu'il soit Indien ou métis, possède un bon champ de grain, il vous faudra prendre garde de le ravager en chassant. [Je souligne.]

L'histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8 révèle une conception analogue des promesses faites dans le cadre des traités. Dan McLean, un ancien de la réserve indienne de Sturgeon Lake, a témoigné au procès tenu en l'espèce. Il a déclaré que les Indiens comprenaient qu'on leur promettait qu'ils pourraient chasser en tout temps pour nourrir leurs familles, qu'ils pouvaient chasser sur les terres inoccupées de la Couronne et sur des terres abandonnées. Que si aucune clôture n'entourait une terre, ils pouvaient y chasser, mais que si la terre était clôturée, ils ne pouvaient le faire. Ce témoignage est conforme à l'histoire orale relatée par d'autres anciens visés par le Traité n° 8 et consignée par des historiens. Les Indiens comprenaient que des terres seraient prises pour y établir des exploitations agricoles ou pour y faire de la prospection et de l'exploitation minières, et qu'ils ne seraient pas autorisés à y chasser ou à tirer sur les animaux de ferme et les bâtiments des colons. Il ne fait aucun doute que les Indiens croyaient que la majeure partie des terres visées par le Traité n° 8 resteraient inoccupées et qu'ils pourraient donc y pratiquer la chasse, le piégeage et la pêche. Voir *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, *op. cit.*, aux pp. 92 à 100.

Par conséquent, il ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l'histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d'une manière qui les empêcherait d'y chasser, lorsqu'elles feraient l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et con-

ped is a question of fact that must be resolved on a case-by-case basis.

59

Most of the cases which have considered the geographical limitations on the right to hunt have been concerned with situations where the hunting took place on Crown land. In those cases, it was held that Crown lands were only “occupied” or “taken up” when they were actually put to an active use which was incompatible with hunting. For example, *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.), considered whether Indians had a right to hunt for food on a game preserve located on Crown land. There, in my view, it was correctly observed at p. 436 that “it is proper to consult th[e] treaty in order to glean from it whatever may throw some light on the meaning to be given to the words” in the *NRTA*. It was sensibly held at p. 437 that the Indians did not have a right of access to hunt on the game preserve because to do so would be incompatible with the fundamental purpose of establishing a preserve: “a game preserve would be one in name only if the Indians, or any other class of people, were entitled to shoot in it”. See also *R. v. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), in which Crown land was taken up for a forest and game preserve; and *Mousseau*, *supra*, in which Crown land was taken up for a public road. However, the courts have recognized an existing treaty right to hunt on Crown land taken up as a forest because hunting for food is not incompatible with that particular land use: *R. v. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (Sask. C.A.). Finally, where limited hunting by non-Indians is permitted on Crown land taken up as a wildlife management area or a fur conservation area, the courts have held that Indians continue to have an unlimited right of access for the purposes of hunting for food: *Strongquill*, *supra*, at pp. 267 and 271; *Sutherland*, *supra*, at pp. 460 and 464-65; and

clu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas.

Dans la plupart des affaires où la question de la limitation territoriale du droit de chasser s’est posée, les activités de chasse en cause avaient eu lieu sur des terres de la Couronne. Il a été jugé, dans ces décisions, que des terres de la Couronne n’étaient «occupées» ou «prises» que lorsqu’on y faisait concrètement une utilisation active et incompatible avec la chasse. Par exemple, dans *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), on s’est demandé si les Indiens avaient le droit de chasser pour se nourrir dans une réserve faunique située sur des terres de la Couronne. Dans cette décision, la cour a, selon moi, signalé à juste titre qu’[TRADUCTION] «il convient de consulter le traité concerné pour voir s’il est possible d’en tirer des éléments susceptibles de jeter quelque lumière sur le sens à donner au texte» de la *Convention*. On a raisonnablement conclu à la p. 437 que les Indiens ne disposaient pas d’un droit d’accès à la réserve faunique pour y chasser, car cela serait incompatible avec l’objet fondamental de l’établissement d’une telle réserve: [TRADUCTION] «une telle réserve n’aurait de faunique que le nom si les Indiens ou tout autre groupe de personnes étaient autorisés à y chasser». Voir également l’affaire *R. c. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), où des terres de la Couronne ont été prises pour l’établissement d’une réserve forestière et faunique; et l’arrêt *Mousseau*, précité, où des terres de la Couronne ont été prises pour la construction d’une voie publique. Les tribunaux ont cependant reconnu un droit existant — issu de traité — de chasser sur des terres de la Couronne prises pour l’établissement d’une réserve forestière, puisque la pratique de la chasse pour se nourrir n’est pas incompatible avec l’utilisation particulière qui était faite des terres en cause: *R. c. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (C.A. Sask.). Enfin, lorsque les non-Indiens disposent d’un droit limité de chasser sur des terres de la Couronne prises en tant que zone de gestion de la faune ou zone de conservation des animaux à fourrure, les tribunaux ont conclu que les Indiens continuent d’avoir un droit d’accès illimité à ces terres afin d’y chasser pour se nourrir: *Strongquill*,

Moosehunter v. The Queen, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 292.

A second but shorter line of cases has considered whether Indians have a treaty right of access to hunt on privately owned lands. While various factual situations have been considered, the courts have not settled the question as to whether the Treaty No. 8 right to hunt for food extends to privately owned land which is not put to visible use. This Court has considered hunting on private land in two cases.

In *Myran, supra*, the accused were charged with hunting without due regard for the safety of others. In *obiter*, it was stated that the accused persons did not have a right of access to the lands on which they had hunted. In an earlier case, the Manitoba Court of Appeal had held that, unless privately owned lands were posted with signs explicitly prohibiting hunting, both Indians and non-Indians could hunt there. *Myran, supra*, overturned that line of reasoning, holding that, in and of itself, the absence of signs did not establish a right of access for hunting purposes. That position was adopted in *Horse, supra*, at p. 195. However, *Myran, supra*, did not explore in any detail the extent of the right of access. Accordingly, the full scope of the treaty right to hunt on private land remains to be considered. In addition, because the right of access is a question of fact, the particular facts arising in *Myran, supra*, are significant. In that case, the accused persons were hunting for food in an alfalfa field belonging to a farmer who had been awakened by the sound of the accused's rifle shots and by the accused's hunting light flashing through his bedroom window. The rifles had a range of nearly two miles and there were farm houses, highways, pastures, a town and a breeding station within their range. On those facts, there is no doubt that the

précité, aux pp. 267 et 271; *Sutherland*, précité, aux pp. 460, 464 et 465; et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 292.

Dans une seconde série de décisions, celles-là moins nombreuses, on s'est demandé si les Indiens avaient un droit d'accès — issu de traité — aux terres privées pour y chasser. Bien que ce point ait été examiné en regard de différentes situations factuelles, les tribunaux n'ont toutefois pas tranché la question de savoir si le droit de chasser pour se nourrir prévu au Traité n° 8 s'étend aux terres privées qui ne font pas l'objet d'une utilisation visible. Notre Cour a étudié la question de la chasse sur des terres privées dans deux arrêts.

Dans *Myran*, précité, on reprochait aux accusés d'avoir chassé sans égard pour la sécurité d'autrui. Dans une remarque incidente, la Cour a déclaré que les accusés n'avaient aucun droit d'accès aux terres où ils avaient chassé. Dans une affaire antérieure, la Cour d'appel du Manitoba avait conclu que, en l'absence d'écriteau interdisant expressément la chasse sur les terres privées en cause, tant les Indiens que les non-Indiens pouvaient y chasser. Dans *Myran*, précité, notre Cour a écarté ce raisonnement et statué que le seul fait qu'il n'y avait pas d'écriteau n'établissait pas pour autant l'existence d'un droit d'accès pour la chasse. Cette position a été adoptée dans l'arrêt *Horse*, précité, à la p. 195. Toutefois, dans *Myran*, précité, notre Cour n'a pas examiné en détail l'étendue du droit d'accès. Par conséquent, la question de la portée exacte du droit — issu de traité — de chasser sur des terres privées reste à trancher. En outre, comme le droit d'accès est une question de fait, les faits particuliers de l'arrêt *Myran*, précité, sont importants. Dans cette affaire, les accusés chassaient pour se nourrir dans le champ de luzerne d'un cultivateur qui avait été réveillé par le bruit des coups de carabine ainsi que par la lumière du projecteur des accusés, qui brillait à travers la fenêtre de sa chambre à coucher. Les carabines avaient une portée de près de deux milles et, dans ce rayon, il y avait des fermes, des routes, des pâturages, un village et un établissement d'amélioration génétique. À la lumière de ces faits, il ne fait aucun doute que les terres visées faisaient l'objet

60

61

land was put to an active and visible use which was incompatible with hunting.

62

In *Horse, supra*, the accused persons were hunting on privately owned land without the owner's permission. This Court stated repeatedly that Treaty No. 6 did not afford the accused a right of access to hunt on "occupied private lands" (see pp. 198, 204 and 209-10). In *Horse, supra*, the private lands were not posted, but they were sown to hay and grain and, thus, were visibly and actively used for farming. In light of these facts, there was no need to consider what was encompassed by the term "occupied private land". The use of the land was so readily apparent that it clearly fell within the category of occupied land. Similarly, in *Mousseau, supra*, at p. 97, this Court indicated that Indians had a right to hunt on: (a) all unoccupied Crown lands; (b) any occupied Crown land to which they had a right of access by statute, common law or otherwise; and (c) "any occupied private lands to which the Indians have a right of access by custom, usage, or consent of the owner or occupier, for the purpose of hunting, trapping, or fishing". However, that case involved hunting on a public highway which was clearly occupied Crown land. Although *Mousseau, supra*, summarized this Court's position on that point, the question of hunting on unoccupied private land was neither then, nor previously, before the Court. As a result, in both *Horse, supra*, and *Mousseau, supra*, the question of whether the Treaty protected a right of access to unoccupied private lands — private lands which had not been taken up for settlement or other purposes — was left unresolved.

63

One case which has specifically considered the treaty right to hunt on unoccupied private land is *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78 (B.C.C.A.). There, the accused was charged with using ammunition which was prohibited under the provincial *Wildlife Act*. He had been hunting on

d'une utilisation active, visible et incompatible avec la pratique de la chasse.

Dans *Horse*, précité, les accusés chassaient sur des terres privées sans l'autorisation du propriétaire. Notre Cour a déclaré à plusieurs reprises que le Traité n° 6 ne conférait pas aux accusés un droit d'accès à des «terres privées occupées» pour y chasser (voir les pp. 198, 204, 209 et 210). Dans l'affaire *Horse*, précité, il n'y avait aucun écriteau sur les terres privées en cause, qui étaient toutefois affectées à la culture du foin et des céréales et qui servaient donc visiblement et activement à l'agriculture. Compte tenu de ces faits, il était inutile de se demander ce que visait l'expression «terre privée occupée». L'utilisation des terres était si évidente qu'il était clair qu'elles appartenaient à la catégorie des terres occupées. De même, dans l'arrêt *Mousseau*, précité, à la p. 97, notre Cour a indiqué que les Indiens avaient le droit de chasser a) sur toutes les terres inoccupées de la Couronne; b) sur toutes les terres occupées de la Couronne auxquelles ils ont, en vertu de la loi, de la common law ou autrement, un droit d'accès, et c) sur «toutes les terres privées occupées auxquelles les Indiens ont, de par la coutume, l'usage ou du consentement du propriétaire ou de l'occupant, un droit d'accès pour chasser, piéger ou pêcher». Toutefois, dans cette affaire, il était question de chasse sur un chemin public, lieu qui constitue manifestement une terre de la Couronne occupée. Bien que l'arrêt *Mousseau*, précité, ait résumé la position de notre Cour sur ce point, la question de la chasse sur des terres privées inoccupées n'a pas été soumise à la Cour, ni dans *Mousseau* ni auparavant. En conséquence, ni *Horse* ni *Mousseau*, précités, n'ont répondu à la question de savoir si le Traité protégeait un droit d'accès à des terres privées inoccupées — terres privées qui n'avaient pas été prises pour des fins d'établissement ou pour d'autres objets.

L'arrêt *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78 (C.A.C.-B.), portait directement sur le droit — issu de traité — de chasser sur des terres privées inoccupées. Dans cette affaire, on reprochait à l'accusé d'avoir utilisé des munitions interdites par la *Wildlife Act* provinciale. Il avait chassé sur des

uncultivated bush land. No livestock or buildings were present, no fence surrounded the land, and no signs had been posted. He claimed that, on the basis of his Treaty hunting right, the provincial legislation did not apply to him. His hunting rights were set out in the 1852 North Saanich Indian Treaty (quoted in *Bartleman*, at p. 87) which provided that the Indians “are at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on our fisheries as formerly”. The B.C. Court of Appeal held that it was necessary to interpret the right on the basis of what the Indians would have understood in 1852 by the words of the Treaty. It held that the Treaty right to hunt could be exercised where to do so would not interfere with the actual use being made of the privately owned land. At page 97 this was written:

... the hunting must take place on land that is unoccupied in the sense that the particular form of hunting that is being undertaken does not interfere with the actual use and enjoyment of the land by the owner or occupier.

The Court of Appeal found that hunting was not incompatible with the minimal level of use to which the land was being put.

The “visible, incompatible use” approach, which focuses upon the use being made of the land, is appropriate and correct. Although it requires that the particular land use be considered in each case, this standard is neither unduly vague nor unworkable.

In summary, then, the geographical limitation on the right to hunt for food is derived from the terms of the particular treaty if they have not been modified or altered by the provisions of para. 12 of the *NRTA*. In this case, the geographical limitation on the right to hunt for food provided by Treaty No. 8 has not been modified by para. 12 of the *NRTA*. Where lands are privately owned, it must be determined on a case-by-case basis whether they are “other lands” to which Indians had a “right of access” under the Treaty. If the lands are occupied, that is, put to visible use which is incompatible

terres non cultivées et couvertes de broussailles. Il n’y avait ni bétail, ni bâtiment, ni écriteau sur ces terres, qui n’étaient pas non plus clôturées. L’accusé a plaidé que, en raison du droit de chasse que lui accordait le Traité, la loi provinciale ne s’appliquait pas à lui. Son droit de chasser était énoncé dans le North Saanich Indian Treaty de 1852 (cité dans *Bartleman*, à la p. 87), qui stipulait que les Indiens [TRADUCTION] «[étaient] libres de chasser sur les terres inoccupées et de poursuivre [leurs] activités de pêche comme auparavant». La Cour d’appel de la C.-B. a conclu qu’il fallait interpréter ce droit suivant la conception qu’avaient les Indiens du libellé du traité en 1852. Elle a statué que le droit de chasser — issu du traité — pouvait être exercé si cela n’entravait pas l’utilisation qui était faite concrètement des terres privées en cause. À la page 97 de la décision, on peut lire ceci:

[TRADUCTION] ... la chasse doit être pratiquée sur des terres qui sont inoccupées dans le sens où le type de chasse qui y est pratiquée n’a pas pour effet d’entraver l’utilisation et la jouissance des terres en question par le propriétaire et l’occupant.

La Cour d’appel a conclu que la pratique de la chasse n’était pas incompatible avec l’utilisation minimale que l’on faisait des terres.

L’analyse fondée sur «l’utilisation visible et incompatible», qui met l’accent sur l’utilisation qui est faite des terres concernées, est appropriée et correcte. Même si elle requiert, dans chaque cas, l’examen de l’utilisation particulière qui est faite des terres visées, cette norme n’est ni excessivement vague, ni inapplicable.

Bref, la limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir découle des termes mêmes du traité en cause, s’ils n’ont pas été modifiés par les dispositions du par. 12 de la *Convention*. En l’espèce, la limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir qui est prévu par le Traité n° 8 n’a pas été modifiée par le par. 12 de la *Convention*. Lorsque les terres en cause sont des terres privées, il faut déterminer, au cas par cas, s’il s’agit d’«autres terres» auxquelles les Indiens avaient «accès» en vertu du Traité. Si ces terres sont occupées, c’est-à-dire si elles font l’objet d’une utilisation visible et

64

65

66

with hunting, Indians will not have a right of access. Conversely, if privately owned land is unoccupied and not put to visible use, Indians, pursuant to Treaty No. 8, will have a right of access in order to hunt for food. The facts presented in each of these appeals must now be considered.

67 The first is Mr. Badger. He was hunting on land covered with second growth willow and scrub. Although there were no fences or signs posted on the land, a farm house was located only one quarter of a mile from the place the moose was killed. The residence did not appear to have been abandoned. Second, Mr. Kiyawasew was hunting on a snow-covered field. Although there was no fence, there were run-down barns nearby and signs were posted on the land. Most importantly, the evidence indicated that in the fall, a crop had been harvested from the field. In the situations presented in both cases, it seems clear that the land was visibly being used. Since the appellants did not have a right of access to these particular tracts of land, their treaty right to hunt for food did not extend to hunting there. As a result, the limitations on hunting set out in the *Wildlife Act* did not infringe upon their existing right and were properly applied to these two appellants. The appeals of Mr. Badger and Mr. Kiyawasew must, therefore, be dismissed.

68 However, Mr. Ominayak's appeal presents a different situation. He was hunting on uncleared muskeg. No fences or signs were present. Nor were there any buildings located near the site of the kill. Although it was privately owned, it is apparent that this land was not being put to any visible use which would be incompatible with the Indian right to hunt for food. Accordingly, the geographical limitations upon the Treaty right to hunt for food did not preclude Mr. Ominayak from hunting upon this parcel of land. This, however, does not dispose of his appeal. It remains to be seen whether the existing right to hunt was in any other manner cir-

incompatible avec la pratique de la chasse, les Indiens n'y ont alors pas accès. À l'inverse, si les terres privées sont inoccupées et ne font pas l'objet d'une utilisation visible, les Indiens, conformément au Traité n° 8, y auront accès afin d'y chasser pour se nourrir. Il faut maintenant examiner les faits exposés dans chacun des présents pourvois.

Commençons d'abord par M. Badger. Ce dernier chassait sur des terres couvertes de jeunes saules et de broussailles. Il n'y avait ni clôture ni écriteau sur les terres en question, mais une maison de ferme se trouvait à un quart de mille de l'endroit où l'original a été abattu. La résidence ne paraissait pas abandonnée. Quant à M. Kiyawasew, il chassait dans un champ couvert de neige. Même si le champ n'était pas clôturé, il y avait des granges délabrées près de là, et des écriteaux avaient été installés. Fait plus important encore, la preuve a révélé qu'on avait fait la récolte dans le champ à l'automne. Compte tenu des faits décrits dans ces deux cas, il semble clair que les terres en cause étaient visiblement utilisées. Comme les appelants n'avaient pas de droit d'accès à ces terres, leur droit — issu du traité — de chasser pour se nourrir ne s'étendait pas à ces terres. En conséquence, les limites applicables au droit de chasse énoncées dans la *Wildlife Act* ne portent pas atteinte au droit existant de ces deux appelants, et elles leur ont à juste titre été appliquées. Les pourvois de M. Badger et de M. Kiyawasew doivent donc être rejetés.

Toutefois, le pourvoi de M. Ominayak présente une situation différente. Ce dernier chassait dans une savane non déboisée. Il n'y avait ni clôture, ni écriteau, ni bâtiment près de l'endroit où l'animal avait été abattu. Même s'il s'agissait de terres privées, il est évident qu'elles ne faisaient pas l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec l'exercice, par les Indiens, de leur droit de chasser pour se nourrir. En conséquence, la limitation territoriale de ce droit issu du traité n'empêchait pas M. Ominayak de chasser sur ces terres. Cette conclusion ne tranche toutefois pas son pourvoi. En effet, il reste à déterminer si le droit de chasser existant

cumscribed by a form of government regulation which is permitted under the Treaty.

Permissible Regulatory Limitations on the Right to Hunt for Food

Pursuant to the provisions of s. 88 of the *Indian Act*, provincial laws of general application will apply to Indians. This is so except where they conflict with aboriginal or treaty rights, in which case the latter must prevail: *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at pp. 114-15; *Simon, supra*, at pp. 411-14; *Sparrow, supra*, at p. 1109. In any event, the regulation of Indian hunting rights would ordinarily come within the jurisdiction of the Federal government and not the Province. However, the issue does not arise in this case since we are dealing with the right to hunt provided by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*. Both the Treaty and the *NRTA* specifically provided that the right would be subject to regulation pertaining to conservation.

Treaty No. 8 provided that the right to hunt would be "subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country". In the West, a wide range of legislation aimed at conserving game had been enacted by the government beginning as early as the 1880s. Acts and regulations pertaining to conservation measures continued to be passed throughout the entire period during which the numbered treaties were concluded. In *Horseman, supra*, the aim and intent of the regulations was recognized. At page 935, I noted:

Before the turn of the century the federal game laws of the Unorganized Territories provided for a total ban on hunting certain species (bison and musk oxen) in order to preserve both the species and the supply of game for Indians in the future. See *The Unorganized Territories' Game Preservation Act, 1894*, S.C. 1894, c. 31, ss. 2, 4 to 8 and 26. Even then the advances in firearms and the more efficient techniques of hunting and trapping, coupled with the habitat loss and the over-exploitation of game, (undoubtedly by Europeans more than by Indians), had made it essential to impose conser-

n'était pas circonscrit d'une autre manière par quelque forme de réglementation gouvernementale permise sous le régime du Traité.

Limitations de nature réglementaire autorisées du droit de chasser pour se nourrir

Conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les Indiens sont assujettis aux lois provinciales d'application générale, sauf si ces lois entrent en conflit avec des droits ancestraux ou issus de traités, auxquels cas ces droits doivent l'emporter: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, aux pp. 114 et 115; *Simon*, précité, aux pp. 411 à 414; *Sparrow*, précité, à la p. 1109. Quoi qu'il en soit, la réglementation des droits de chasse des Indiens relève normalement de la compétence du gouvernement fédéral et non de la province. Toutefois, la question ne se pose pas en l'espèce puisqu'il est question du droit de chasse prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*. Tant le Traité que la *Convention* indiquaient expressément que le droit serait subordonné à la réglementation régissant la conservation.

Le Traité n° 8 indiquait que le droit de chasser était [TRADUCTION] «subordonné [...] à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays». Dans l'Ouest, un large éventail de mesures législatives visant à protéger la faune ont, dès les années 1880, été adoptées par le gouvernement. Des lois et des règlements établissant des mesures de conservation ont continué d'être établis pendant toute la période au cours de laquelle des traités numérotés ont été conclus. Dans l'arrêt *Horseman*, précité, l'objet de cette réglementation a été reconnu. À la page 935, j'ai fait l'observation suivante:

À la fin du XIX^e siècle, les lois fédérales relatives à la chasse dans les Territoires non organisés prévoyaient qu'il était absolument interdit de chasser certaines espèces animales (le bison et le bœuf musqué) afin d'assurer leur préservation et d'assurer aux Indiens un approvisionnement en gibier pour l'avenir. Voir l'*Acte de 1894 relatif à la conservation du gibier dans les Territoires non organisés*, S.C. 1894, ch. 31, art. 2, 4 à 8 et 26. Même à cette époque, l'amélioration des armes à feu et les méthodes plus efficaces de piégeage et de chasse ainsi que la disparition de l'habitat et la surexploitation

69

70

vation measures to preserve species and to provide for hunting for future generations. Moreover, beginning in 1890, provision was made in the federal *Indian Act* for the Superintendent General to make the game laws of Manitoba and the Unorganized Territories applicable to Indians. See *An Act further to amend "The Indian Act" chapter forty-three of the Revised Statutes*, S.C. 1890, c. 29, s. 10. A similar provision was in force in 1930. See *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 69.

In light of the existence of these conservation laws prior to signing the Treaty, the Indians would have understood that, by the terms of the Treaty, the government would be permitted to pass regulations with respect to conservation. This concept was explicitly incorporated into the *NRTA* in a modified form providing for Provincial regulatory authority in the field of conservation. Paragraph 12 of the *NRTA* begins by stating its purpose:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians. . . . [Emphasis added.]

It follows that by the terms of both the Treaty and the *NRTA*, provincial game laws would be applicable to Indians so long as they were aimed at conserving the supply of game. However, the provincial government's regulatory authority under the Treaty and the *NRTA* did not extend beyond the realm of conservation. It is the constitutional provisions of para. 12 of the *NRTA* authorizing provincial regulations which make it unnecessary to consider s. 88 of the *Indian Act* and the general application of provincial regulations to Indians.

du gibier (sans doute davantage par les Européens que par les Indiens) avaient rendu indispensable l'imposition de mesures de conservation destinées à préserver des espèces animales et à ménager des possibilités de chasse aux générations futures. Qui plus est, à compter de 1890, l'Acte des Sauvages fédéral habilitait le surintendant général à rendre applicables aux Indiens les lois du Manitoba et des Territoires non organisés relatives à la chasse. Voir l'Acte ayant pour objet de modifier de nouveau l'Acte des Sauvages, chapitre quarante-trois des Statuts révisés, S.C. 1890, ch. 29, art. 10. Une disposition analogue était en vigueur en 1930. Voir la Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 69.

Comme ces textes de loi relatifs à la conservation existaient avant la signature du Traité, les Indiens comprenaient que, suivant les termes de ce document, le gouvernement pourrait prendre des règlements à cet égard. Ce principe, qui a été explicitement incorporé dans la *Convention* sous une forme modifiée, pourvoyait à l'exercice d'un pouvoir de réglementation par les provinces en matière de conservation. En effet, la première phrase du par. 12 de la *Convention* énonce l'objet de cette disposition:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens. . . . [Je souligne.]

Il s'ensuit que, suivant les termes du Traité et de la *Convention*, les lois provinciales relatives à la protection de la faune s'appliquaient aux Indiens, dans la mesure où elles visaient à assurer l'approvisionnement en gibier. Toutefois, le gouvernement provincial n'avait pas, en vertu du Traité et de la *Convention*, le pouvoir de réglementer autre chose que la conservation. Ce sont les dispositions constitutionnelles du par. 12 de la *Convention* autorisant l'application des règlements provinciaux qui font en sorte qu'il est inutile d'examiner l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et l'application générale des règlements provinciaux aux Indiens.

Les dispositions de la *Wildlife Act* relatives à la délivrance de permis ne portent qu'en partie seulement sur des questions de conservation. À première vue, donc, elles peuvent sembler faire partie

The licensing provisions contained in the *Wildlife Act* are in part, but not wholly, directed towards questions of conservation. At first blush, then, they may seem to form part of the permissi-

ble government regulation which can establish the boundaries of the existing right to hunt for food. However, the partial concern with conservation does not automatically lead to the conclusion that s. 26(1) is permissible regulation. It must still be determined whether the manner in which the licensing scheme is administered conflicts with the hunting right provided under Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

This analysis should take into account the wording of the treaty and the *NRTA*. I believe this to be appropriate since the object will be to determine first whether there has been a *prima facie* infringement of the Treaty No. 8 right to hunt as modified by the *NRTA* and secondly if there is such an infringement whether it can be justified. In essence, we are dealing with a modified treaty right. This, I believe, follows from the principle referred to earlier that treaty rights should only be considered to be modified if a clear intention to do so has been manifested, in this case, by the *NRTA*. Further, the solemn promises made in the treaty should be altered or modified as little as possible. The *NRTA* clearly intended to modify the right to hunt. It did so by eliminating the right to hunt commercially and by preserving and extending the right to hunt for food. The Treaty right thus modified pertains to the right to hunt for food which prior to the Treaty was an aboriginal right.

For reasons that I will amplify later, it seems logical and appropriate to apply the recently formulated *Sparrow* test in these circumstances. I would add that it can properly be inferred that the concept of reasonableness forms an integral part of the *Sparrow* test. It follows that this concept should be taken into account in the consideration of the justification of an infringement. As a general rule the criteria set out in *Sparrow, supra*, should be applied. However, the reasons in *Sparrow, supra*, make it clear that the suggested criteria are neither exclusive nor exhaustive. It follows that

des mesures autorisées de réglementation gouvernementale qui peuvent délimiter le droit existant de chasser pour se nourrir. Cependant, le fait que les dispositions en cause portent partiellement sur la conservation n'amène pas automatiquement à conclure que le par. 26(1) est une mesure de réglementation autorisée. Il reste encore à se demander si la manière dont le régime de délivrance de permis est administré entre en conflit avec le droit de chasse prévu au Traité n° 8 et modifié par la *Convention*.

Cette analyse doit tenir compte du libellé du Traité et de la *Convention*. C'est à mon avis ce qu'il convient de faire puisque l'objet de l'analyse sera d'abord de déterminer s'il y a eu atteinte *prima facie* au droit de chasser prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*, puis, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée. Essentiellement, nous sommes en présence d'un droit — issu de traité — qui a été modifié. Cette réponse découle à mon avis du principe mentionné précédemment et selon lequel il est possible de considérer que des droits issus de traités ont été modifiés seulement si l'intention de le faire est clairement indiquée, en l'occurrence par la *Convention*. Qui plus est, les promesses solennelles faites dans le traité doivent être modifiées le moins possible. La *Convention* visait manifestement à modifier le droit de chasser. Elle l'a fait en éliminant le droit de chasser à des fins commerciales et en préservant le droit de chasser pour se nourrir et en élargissant la portée. Ce droit issu de traité ainsi modifié ressortit au droit de chasser pour se nourrir qui, avant le Traité, était un droit ancestral.

Pour des motifs que j'explicitai plus loin, il semble logique et approprié d'appliquer, dans les circonstances, le critère formulé récemment dans l'arrêt *Sparrow*. J'ajouterais que l'on peut à juste titre inférer que le concept de caractère raisonnable fait partie intégrante du critère énoncé dans *Sparrow*. Il s'ensuit que ce concept doit être pris en considération dans l'examen de la question de la justification d'une atteinte. De façon générale, les critères énoncés dans *Sparrow, précité*, doivent être appliqués. Cependant, il ressort clairement des motifs exprimés dans cet arrêt que les critères y

additional criteria may be helpful and applicable in the particular situation presented.

Conflict Between the Wildlife Act and Rights Under Treaty No. 8

74 It has been recognized that aboriginal and treaty rights are not absolute. The reasons in *Sparrow, supra*, made it clear that aboriginal rights may be overridden if the government is able to justify the infringement.

75 In *Sparrow, supra*, certain criteria were set out pertaining to justification at pp. 1111 and following. While that case dealt with the infringement of aboriginal rights, I am of the view that these criteria should, in most cases, apply equally to the infringement of treaty rights.

76 There is no doubt that aboriginal and treaty rights differ in both origin and structure. Aboriginal rights flow from the customs and traditions of the native peoples. To paraphrase the words of Judson J. in *Calder, supra*, at p. 328, they embody the right of native people to continue living as their forefathers lived. Treaty rights, on the other hand, are those contained in official agreements between the Crown and the native peoples. Treaties are analogous to contracts, albeit of a very solemn and special, public nature. They create enforceable obligations based on the mutual consent of the parties. It follows that the scope of treaty rights will be determined by their wording, which must be interpreted in accordance with the principles enunciated by this Court.

77 This said, there are also significant aspects of similarity between aboriginal and treaty rights. Although treaty rights are the result of mutual agreement, they, like aboriginal rights, may be unilaterally abridged. See *Horseman, supra*, at p. 936; *R. v. Sikyee*, [1964] 2 C.C.C. 325 (N.W.T.C.A.), at p. 330, aff'd [1964] S.C.R. 642; and *Moosehunter*,

proposés ne sont ni exclusifs, ni exhaustifs. Il s'en suit donc que d'autres critères peuvent être utiles et s'appliquer dans la situation en cause.

Conflit entre la Wildlife Act et les droits découlant du Traité n° 8

Il a été reconnu que les droits ancestraux ou issus de traités ne sont pas absolus. Il ressort clairement des motifs formulés dans *Sparrow*, précité, qu'il est possible de porter atteinte à des droits ancestraux si le gouvernement peut justifier cette atteinte.

Dans *Sparrow*, précité, certains critères concernant la justification ont été énoncés aux pp. 1111 et suivantes. Même s'il s'agissait d'une affaire portant sur une atteinte à des droits ancestraux, je suis d'avis que, dans la plupart des cas, ces critères s'appliquent également en cas d'atteinte à des droits issus de traités.

Il ne fait pas de doute que les droits ancestraux et les droits issus de traités diffèrent, tant de par leur origine que de par leur structure. Les droits ancestraux tirent leur origine des coutumes et des traditions des peuples autochtones. Pour paraphraser les propos du juge Judson dans l'arrêt *Calder*, précité, à la p. 328, ils expriment le droit des peuples autochtones de continuer à vivre de la même façon que leurs ancêtres. Par ailleurs, les droits issus de traités sont inscrits dans des ententes officielles entre la Couronne et les peuples autochtones. Les traités sont comme des contrats, si ce n'est qu'ils ont un caractère public, très solennel et particulier. Ils créent des obligations exécutoires, fondées sur le consentement mutuel des parties. Il s'ensuit que la portée des droits issus de traités est fonction de leur libellé, lequel doit être interprété conformément aux principes énoncés par notre Cour.

Cela dit, les droits ancestraux et les droits issus de traités présentent également d'importantes similitudes. Bien que les droits issus de traités soient le fruit d'un accord entre les parties, ils peuvent néanmoins, à l'instar des droits ancestraux, être réduits unilatéralement. Voir *Horseman*, précité, à la p. 936; *R. c. Sikyee*, [1964] 2 C.C.C. 325

supra, at p. 293. It follows that limitations on treaty rights, like breaches of aboriginal rights, should be justified.

In addition, both aboriginal and treaty rights possess in common a unique, *sui generis* nature. See *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 382; *Simon, supra*, at p. 404. In each case, the honour of the Crown is engaged through its relationship with the native people. As Dickson C.J. and La Forest J. stated at p. 1110 in *Sparrow, supra*:

By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. [Emphasis added.]

The wording of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* supports a common approach to infringements of aboriginal and treaty rights. It provides that “[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed”. In *Sparrow, supra*, Dickson C.J. and La Forest J. appeared to acknowledge the need for justification in the treaty context. They said this at pp. 1118-19 in relation to *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), a case which considered the effect of the *Migratory Birds Convention Act* on rights guaranteed under Treaty No. 10:

(C.A.T.N.-O.), à la p. 330, conf. par [1964] R.C.S. 642; et *Moosehunter*, précité, à la p. 293. Par conséquent, les limites imposées aux droits issus de traités doivent, tout comme les atteintes aux droits ancestraux, être justifiées.

En outre, les droits ancestraux et les droits issus de traités ont en commun un caractère *sui generis* particulier. Voir *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 382; *Simon*, précité, à la p. 404. Dans chaque cas, l'honneur de la Couronne est en jeu dans le cadre de ses rapports avec les peuples autochtones. Comme l'ont affirmé le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1110:

En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. [Je souligne.]

Le texte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* appuie l'application d'une analyse commune aux atteintes à des droits ancestraux et à des droits issus de traités. En effet, cette disposition précise que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont semblé reconnaître qu'il est nécessaire de justifier une atteinte lorsqu'un traité est en cause. Voici ce qu'ils ont écrit, aux pp. 1118 et 1119, relativement à l'arrêt *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), dans lequel on avait examiné l'effet de la *Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* sur les droits garantis par le Traité n° 10:

78

79

As we have pointed out, management and conservation of resources is indeed an important and valid legislative objective. Yet, the fact that the objective is of a "reasonable" nature cannot suffice as constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights. Rather, the regulations enforced pursuant to a conservation or management objective may be scrutinized according to the justificatory standard outlined above. [Emphasis added.]

80 This standard of scrutiny requires that the Crown demonstrate that the legislation in question advances important general public objectives in such a manner that it ought to prevail. In *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (C.A.), at p. 524, Blair J.A. recognized the need for a balanced approach to limitations on treaty rights, stating:

... Indian treaty rights are like all other rights recognized by our legal system. The exercise of rights by an individual or group is limited by the rights of others. Rights do not exist in a vacuum and the exercise of any right involves a balancing with the interests and values involved in the rights of others. This is recognized in s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which provides that limitation of Charter rights must be justified as reasonable in a free and democratic society.

81 Dickson C.J. and La Forest J. arrived at a similar conclusion in *Sparrow, supra*, at pp. 1108-9.

82 In summary, it is clear that a statute or regulation which constitutes a *prima facie* infringement of aboriginal rights must be justified. In my view, it is equally if not more important to justify *prima facie* infringements of treaty rights. The rights granted to Indians by treaties usually form an integral part of the consideration for the surrender of their lands. For example, it is clear that the maintenance of as much of their hunting rights as possible was of paramount concern to the Indians who signed Treaty No. 8. This was, in effect, an aboriginal right recognized in a somewhat limited form by the treaty and later modified by the *NRTA*. To

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la gestion et la conservation de ressources constituent vraiment un objectif législatif important et régulier. Pourtant, le fait que cet objectif soit «raisonnable» ne saurait suffire comme reconnaissance et confirmation constitutionnelles de droits ancestraux. Au contraire, les règlements appliqués conformément à un objectif de conservation ou de gestion peuvent être examinés selon la norme de justification énoncée plus haut. [Je souligne.]

Cette norme d'examen requiert de la Couronne qu'elle démontre que le texte de loi en question vise d'importants objectifs publics d'ordre général, et ce d'une manière telle que ce texte doit prévaloir. Dans *R. c. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (C.A.), à la p. 524, le juge Blair reconnaît le besoin d'une approche équilibrée en matière de limitation des droits issus de traités:

[TRADUCTION] ... les droits issus de traités des Indiens ne diffèrent pas de tous les autres droits reconnus par notre système juridique. L'exercice d'un droit par une personne ou un groupe est restreint par les droits d'autrui. Les droits n'existent pas dans l'abstrait et, dans l'exercice de tout droit, il faut trouver un juste équilibre avec les intérêts et les valeurs qui sous-tendent les droits d'autrui. Ce fait est reconnu à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui énonce que toute restriction des droits garantis par la *Charte* doit être justifiée comme étant raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest sont arrivés à une conclusion analogue dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1108 et 1109.

Bref, il est manifeste qu'une loi ou un règlement portant atteinte *prima facie* à des droits ancestraux doit être justifié. À mon avis, il est tout aussi important, sinon plus, de justifier les atteintes *prima facie* aux droits issus de traités. Les droits accordés aux Indiens dans les traités font habituellement partie intégrante de la contrepartie qui leur a été remise pour la cession de leurs terres. Par exemple, il est évident que le maintien, et ce dans la plus large mesure possible, de leurs droits de chasse, revêtait une importance primordiale pour les Indiens qui ont signé le Traité n° 8. Il s'agissait en effet d'un droit ancestral reconnu par le traité, dans une forme quelque peu limitée, et qui a ultérieurement été modifié par la *Convention*. Aux

the Indians, it was an essential element of this solemn agreement.

It will be remembered that the *NRTA* modified the Treaty right to hunt. It did so by eliminating the right to hunt commercially but enlarged the geographical areas in which the Indian people might hunt in all seasons. The area was to include all unoccupied Crown land in the province together with any other lands to which the Indians may have a right of access. Lastly, the province was authorized to make laws for conservation. Specifically:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

The *NRTA* only modifies the Treaty No. 8 right. Treaty No. 8 represents a solemn promise of the Crown. For the reasons set out earlier, it can only be modified or altered to the extent that the *NRTA* clearly intended to modify or alter those rights. The Federal government, as it was empowered to do, unilaterally enacted the *NRTA*. It is unlikely that it would proceed in that manner today. The manner in which the *NRTA* was unilaterally enacted strengthens the conclusion that the right to hunt which it provides should be construed in light of the provisions of Treaty No. 8.

It follows that any *prima facie* infringement of the rights guaranteed under Treaty No. 8 or the *NRTA* must be justified. How should the infringement of a treaty right be justified? Obviously, the challenged limitation must be considered within the context of the treaty itself. Yet, the recognized principles to be considered and applied in justifica-

yeux des Indiens, ce droit était un élément essentiel de cette entente solennelle.

Il faut se rappeler que la *Convention* a modifié le droit de chasser prévu par le Traité, d'une part en éliminant le droit de chasser à des fins commerciales, et d'autre part en élargissant le territoire sur lequel les Indiens pouvaient pratiquer la chasse en toute saison. Ce territoire incluait toutes les terres inoccupées de la Couronne dans la province de même que toutes les autres terres auxquelles les Indiens pouvaient avoir un droit d'accès. Enfin, la province était autorisée à légiférer en matière de conservation. Voici ce que disait spécifiquement le texte:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

La *Convention* modifie uniquement le droit prévu par le Traité n° 8. Ce Traité constate une promesse solennelle de la Couronne. Pour les motifs énoncés précédemment, il ne peut être modifié que dans la mesure où la *Convention* visait clairement à modifier les droits en cause. Conformément au pouvoir qu'il avait de le faire, le gouvernement fédéral a adopté unilatéralement la *Convention*. Il n'agirait vraisemblablement pas de la sorte aujourd'hui. L'adoption unilatérale de la *Convention* renforce la conclusion que le droit de chasse prévu par celle-ci doit être interprété à la lumière des dispositions du Traité n° 8.

Il s'ensuit que toute atteinte *prima facie* aux droits garantis par le Traité n° 8 ou la *Convention* doit être justifiée. Cela dit, comment justifier une atteinte à un droit issu de traité? De toute évidence, la limitation contestée doit être examinée dans le contexte du traité lui-même. Toutefois, les principes reconnus à cet égard et qui doivent être pris

83

84

85

tion should generally be those set out in *Sparrow*, *supra*. There may well be other factors that should influence the result. The *Sparrow* decision itself recognized that it was not setting a complete catalogue of factors. Nevertheless, these factors may serve as a rough guide when considering the infringement of treaty rights.

Prima Facie Infringement of the Treaty Right to hunt as modified by the NRTA

86

The licensing provisions of the *Wildlife Act* address two objectives: public safety and conservation. These objectives, in and of themselves, are not unconstitutional. However, it is evident from the wording of the Act and its regulations that the manner in which the licensing scheme is set up results in a *prima facie* infringement of the Treaty No.8 right to hunt as modified by the *NRTA*. The statutory scheme establishes a two-step licensing process. The public safety component is the first one that is engaged.

87

Under s. 15(1)(c) of the *Wildlife Act*, the Lieutenant Governor in Council may pass regulations which "specify training and testing qualifications required for the obtaining and holding of a licence or permit". The regulations passed pursuant to this section are found in Alta. Reg. 50/87, s. 2(2) which reads as follows:

2 . . .

(2) Subject to the *General Wildlife (Ministerial) Regulation*, a person is not eligible to obtain or hold a recreational licence unless

(a) prior to the date of his application for a recreational licence, he has

(i) achieved a mark, as determined by the Minister, on an examination approved by the Minister,

(ii) held a licence authorizing recreational hunting in Alberta or elsewhere, or

en considération et appliqués dans l'examen de la justification devraient généralement être ceux qui ont été énoncés dans l'arrêt *Sparrow*, précité. Il peut fort bien exister d'autres facteurs susceptibles d'influer sur le résultat. D'ailleurs, dans l'arrêt *Sparrow* lui-même, notre Cour a reconnu qu'elle n'établissait pas une liste de facteurs exhaustive. Néanmoins, ces facteurs peuvent servir de point de départ dans l'analyse d'une atteinte à des droits issus de traités.

Atteinte *prima facie* au droit de chasse prévu par le Traité et modifié par la Convention

Les dispositions de la *Wildlife Act* concernant la délivrance de permis visent deux objectifs: la sécurité du public et la conservation. En eux-mêmes, ces objectifs ne sont pas inconstitutionnels. Toutefois, il ressort clairement de la Loi et de ses règlements d'application que la manière dont le régime de délivrance de permis est conçu entraîne une atteinte *prima facie* au droit de chasser prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*. Le régime établi par la loi fixe une procédure à deux volets en vue de la délivrance des permis. Le volet concernant la sécurité du public est le premier examiné.

Aux termes de l'al. 15(1)c) de la *Wildlife Act*, le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, [TRADUCTION] «préciser les exigences applicables en matière de formation et d'examen pour obtenir et détenir un permis». Les dispositions réglementaires prises en application de cet alinéa figurent au par. 2(2) du règlement de l'Alberta 50/87, qui est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 2 . . .

(2) Sous réserve du *General Wildlife (Ministerial) Regulation*, seules sont autorisées à obtenir ou à détenir un permis de chasse sportive les personnes qui satisfont aux conditions suivantes:

a) avant la date de leur demande de permis de chasse sportive, elles ont:

(i) soit obtenu la note de passage fixée par le ministre à l'examen qu'il a approuvé à cet égard,

(ii) soit déjà détenu un tel permis en Alberta ou ailleurs,

(iii) passed a test approved by the Minister respecting hunting competency,

and

(b) if his right to hold a recreational licence has been suspended in accordance with the Act or its predecessor, he has passed the examination referred to in clause (a)(i) subsequent to the beginning of his period of suspension.

Standing on its own, the requirement that all hunters take gun safety courses and pass hunting competency tests makes eminently good sense. This protects the safety of everyone who hunts, including Indians. It has been held on a number of occasions that aboriginal or treaty rights must be exercised with due concern for public safety. *Myran, supra*, dealt with two Indians charged with hunting without due regard for the safety of others, contrary to the provisions of the *Manitoba Wildlife Act*. The accused argued that they were immune from the Act on the basis of their right to hunt for food guaranteed under the *Manitoba Natural Resources Act* (parallel to the *NRTA*). Dickson J. (as he then was) for the Court found at pp. 141-42 that:

I think it is clear from *Prince and Myron* that an Indian of the Province is free to hunt or trap game in such numbers, at such times of the year, by such means or methods and with such contrivances, as he may wish, provided he is doing so in order to obtain food for his own use and on unoccupied Crown lands or other lands to which he may have a right of access. But that is not to say that he has the right to hunt dangerously and without regard for the safety of other persons in the vicinity. [Emphasis added.]

He went on at p. 142 to state that:

In my opinion there is no irreconcilable conflict or inconsistency in principle between the right to hunt for food assured under para. 13 of the Memorandum of Agreement approved under *The Manitoba Natural Resources Act* and the requirement of s. 10(1) of *The Wildlife Act* that such right be exercised in a manner so as not to endanger the lives of others. The first is concerned with conservation of game to secure a continuing supply of food for the Indians of the Province and pro-

(iii) ou réussi le test d'aptitude à chasser approuvé par le ministre;

et

b) si leur droit de détenir un permis de chasse sportive a été suspendu conformément à la Loi ou à celle qui s'appliquait à cet égard auparavant, elles ont réussi l'examen visé au sous-alinéa a)(i) après le début de la période de suspension.

Prise isolément, l'obligation qui est faite à tous les chasseurs de suivre des cours de sécurité dans le maniement des armes à feu et de réussir des tests d'aptitude est éminemment sensée. En effet, elle protège la sécurité de tous les chasseurs, y compris des Indiens. Il a d'ailleurs à maintes reprises été jugé que les droits ancestraux ou issus de traités doivent être exercés avec égard pour la sécurité d'autrui. Dans l'arrêt *Myran*, précité, il était question de deux Indiens accusés d'avoir chassé sans égard pour la sécurité d'autrui, contrairement aux dispositions de la *Manitoba Wildlife Act*. Les accusés ont plaidé qu'ils ne pouvaient faire l'objet de poursuites fondées sur cette loi compte tenu du droit de chasser pour se nourrir que leur garantissait la *Manitoba Natural Resources Act* (texte analogue à la *Convention*). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a statué ainsi pour la Cour, à la p. 141:

L'arrêt *Prince et Myron* montre bien qu'un Indien est libre de chasser ou de piéger le gibier autant qu'il le désire, quand il le désire et par les moyens qu'il choisit à condition que ce soit pour se nourrir personnellement et sur des terres inoccupées de la Couronne ou auxquelles il a un droit d'accès. Toutefois, il n'a pas le droit de chasser dangereusement au mépris de la sécurité des gens du voisinage. [Je souligne.]

Il a ajouté ceci à la p. 142:

À mon avis, il n'y a, en principe, ni conflit ni contradiction entre le droit de chasser pour se nourrir, droit assuré par la cl. 13 de la Convention approuvée par le *Manitoba Natural Resources Act*, et la prescription de l'art. 10(1) du *Wildlife Act*, en vertu duquel l'exercice de ce droit ne doit pas mettre la vie d'autrui en danger. La première disposition vise la protection du gibier pour assurer aux Indiens de la province un approvisionnement continu en vivres et protéger leur droit de chasser

tect the right of the Indians to hunt for food at all seasons of the year; the second is concerned with risk of death or serious injury omnipresent when hunters fail to have due regard for the presence of others in the vicinity. [Emphasis added.]

89 That decision was subsequently affirmed by this Court in *Sutherland, supra*, and *Moosehunter, supra*. See to the same effect *R. v. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86 (B.C.C.A.) and *R. v. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132 (Ont. C.A.). Accordingly, it can be seen that reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food. Similarly these regulations do not infringe the hunting rights guaranteed by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

90 While the general safety component of the licensing provisions may not constitute a *prima facie* infringement, the conservation component appears to present just such an infringement. Provincial regulations for conservation purposes are authorized pursuant to the provisions of the *NRTA*. However, the routine imposition upon Indians of the specific limitations that appear on the face of the hunting licence may not be permissible if they erode an important aspect of the Indian hunting rights. This Court has held on numerous occasions that there can be no limitation on the method, timing and extent of Indian hunting under a Treaty. I would add that a Treaty as amended by the *NRTA* should be considered in the same manner. *Horseman, supra*, clearly indicated that such restrictions conflicted with the treaty right. Moreover, in *Simon, supra*, this appears at p. 413:

The section clearly places seasonal limitations and licensing requirements, for the purposes of wildlife conservation, on the right to possess a rifle and ammunition for the purposes of hunting. The restrictions imposed in this case conflict, therefore, with the appellant's right to possess a firearm and ammunition in order to exercise his free liberty to hunt over the lands covered by the Treaty. As noted, it is clear that under s. 88 of the *Indian*

pour se nourrir en toute saison de l'année; la seconde concerne le risque omniprésent de mort ou de blessure grave qui existe lorsque des chasseurs ne tiennent pas compte de la présence d'autres personnes dans le voisinage. [Je souligne.]

Cette décision a par la suite été confirmée par notre Cour dans les arrêts *Sutherland*, précité, et *Moosehunter*, précité. Voir, au même effet, *R. c. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86 (C.A.C.-B.), et *R. c. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132 (C.A. Ont.). On peut donc constater qu'un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir. Il ne porte pas non plus atteinte aux droits de chasse garantis par le Traité n° 8 et modifiés par la *Convention*.

Bien que l'aspect des dispositions relatives à la délivrance des permis qui concerne la sécurité en général ne constitue peut-être pas une atteinte *prima facie*, l'aspect touchant la conservation paraît toutefois créer une telle atteinte. Il est permis aux provinces, aux termes de la *Convention*, de prendre des règlements visant des objectifs de conservation. Toutefois, il se peut qu'il ne soit pas permis d'appliquer systématiquement aux Indiens les restrictions spécifiques inscrites sur les permis de chasse, si une telle mesure affaiblit un aspect important des droits de chasse des Indiens. Notre Cour a statué, en de nombreuses occasions, qu'on ne peut limiter l'ampleur des activités de chasse exercées par les Indiens en vertu d'un traité, ni les méthodes qu'ils utilisent à cette fin ou les périodes durant lesquelles ils s'y adonnent. J'ajouterais qu'un traité modifié par la *Convention* doit être considéré de la même manière. Il a été clairement indiqué dans *Horseman*, précité, que de telles restrictions entraient en conflit avec le droit issu de traité. De plus, dans *Simon*, précité, on peut lire ce qui suit à la p. 413:

L'article impose clairement, aux fins de la conservation de la faune, des restrictions saisonnières et des exigences en matière de permis sur le droit de posséder une carabine et des munitions pour chasser. Par conséquent, les restrictions imposées en l'espèce entrent en conflit avec le droit de l'appelant de posséder une arme à feu et des munitions afin d'exercer sa liberté de chasser sur les terres visées par le traité. Comme il a été mentionné, il

Act provincial legislation cannot restrict native treaty rights. If conflict arises, the terms of the treaty prevail.

The *Simon* case dealt with Provincial regulations which the government attempted to justify under s. 88 of the *Indian Act*. By contrast, in this case, para. 12 of the *NRTA* specifically provides that the provincial government may make regulations for conservation purposes, which affect the Treaty rights to hunt. Accordingly, Provincial regulations pertaining to conservation will be valid so long as they are not clearly unreasonable in their application to aboriginal people.

Under the present licensing scheme, an Indian who has successfully passed the approved gun safety and hunting competency courses would not be able to exercise the right to hunt without being in breach of the conservation restrictions imposed with respect to the hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area, all of which appear on the face of the licence. Moreover, while the Minister may determine how many licences will be made available and what class of licence these will be, no provisions currently exist for "hunting for food" licences.

At present, only sport and commercial hunting are licensed. It is true that the regulations do provide for a subsistence hunting licence. See *Alta. Reg. 50/87*, s. 25; *Alta. Reg. 95/87*, s. 7. However, its provisions are so minimal and so restricted that it could never be considered a licence to hunt for food as that term is used in Treaty No. 8 and as it is understood by the Indians. Accordingly, there is no provision for a licence which does not contain the facial restrictions set out earlier. Finally, there is no provision which would guarantee to Indians preferential access to the limited number of licences, nor is there a provision that would exempt them from the licence fee. As a result, Indians, like all other Albertans, would have to apply for a hunting licence from the same limited

est évident qu'en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, un texte législatif provincial ne peut limiter les droits autochtones issus d'un traité. S'il survient un conflit, les termes du traité prévalent.

L'arrêt *Simon* portait sur un règlement provincial que le gouvernement concerné a tenté de justifier en invoquant l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Or, en l'espèce, le par. 12 de la *Convention* prévoit spécifiquement que le gouvernement provincial peut, à des fins de conservation, prendre des règlements ayant une incidence sur les droits de chasse prévus par le Traité. Il s'ensuit que les règlements provinciaux en matière de conservation seront valides dans la mesure où leur application aux peuples autochtones n'est pas manifestement déraisonnable.

En vertu du régime actuel de délivrance des permis, l'Indien qui réussit les cours de sécurité dans le maniement des armes à feu ainsi que les tests d'aptitude à chasser approuvés ne serait pas en mesure d'exercer le droit de chasser sans violer les restrictions en matière de conservation inscrites sur le permis et qui sont imposées relativement aux méthodes de chasse, au type de gibier, au nombre de prises ainsi qu'aux périodes de chasse et aux zones où celle-ci est autorisée. Qui plus est, bien que le ministre puisse fixer le nombre et les catégories de permis qui seront disponibles, il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition concernant la délivrance de permis de «chasse pour se nourrir».

Pour l'instant, des permis ne sont délivrés que pour la chasse sportive et la chasse commerciale. Il est vrai que des règlements pourvoient effectivement à la délivrance de permis de chasse à des fins de subsistance. Voir le règlement de l'Alberta 50/87, art. 25, et le règlement de l'Alberta 95/87, art. 7. Toutefois, les conditions de ces permis ont une portée si minime et sont assortis de tant de restrictions qu'ils ne pourraient jamais être considérés comme des permis autorisant leur titulaire à chasser pour se nourrir au sens du Traité n° 8 et au sens où l'entendent les Indiens. Il n'existe donc aucune disposition prévoyant la délivrance d'un permis dont le texte ne comporte aucune des restrictions énoncées précédemment. Enfin, il n'existe aucune disposition garantissant aux Indiens la préférence

91

92

93

pool of licences. Further, if they were fortunate enough to be issued a licence, they would have to pay a licensing fee, effectively paying for the privilege of exercising a treaty right. This is clearly in conflict with both the Treaty and *NRTA* provisions.

94 The present licensing system denies to holders of treaty rights as modified by the *NRTA* the very means of exercising those rights. Limitations of this nature are in direct conflict with the treaty right. Therefore, it must be concluded that s. 26(1) of the *Wildlife Act* conflicts with the hunting right set out in Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

95 Accordingly, it is my conclusion that the appellant, Mr. Ominayak, has established the existence of a *prima facie* breach of his treaty right. It now falls to the government to justify that infringement.

Justification

96 In my view justification of provincial regulations enacted pursuant to the *NRTA* should meet the same test for justification of treaty rights that was set out in *Sparrow*. The reason for this is obvious. The effect of para. 12 of the *NRTA* is to place the Provincial government in exactly the same position which the Federal Crown formerly occupied. Thus the Provincial government has the same duty not to infringe unjustifiably the hunting right provided by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*. Paragraph 12 of the *NRTA* provides that the province may make laws for a conservation purpose, subject to the Indian right to hunt and fish for food. Accordingly, there is a need for a means to assess which conservation laws will if they infringe that right, nevertheless be justifiable. The

au moment de la délivrance du nombre limité de permis disponibles, ni de dispositions les exemptant du paiement des droits de délivrance exigibles. En conséquence, les Indiens, au même titre que les autres Albertains, sont tenus de demander la délivrance d'un permis de chasse, parmi le nombre limité de permis disponibles pour l'ensemble des chasseurs. Qui plus est, à supposer qu'un Indien soit suffisamment chanceux pour obtenir un permis, il devrait néanmoins payer les droits de délivrance requis, se trouvant ainsi, dans les faits, à payer pour avoir le privilège d'exercer un droit issu de traité. Une telle situation est manifestement incompatible avec les dispositions du Traité et celles de la *Convention*.

Le régime actuel de délivrance de permis prive les personnes qui sont titulaires de droits issus de traité modifiés par la *Convention* des moyens mêmes d'exercer ces droits. Les restrictions de cette nature sont en contradiction directe avec le droit prévu au Traité. Il faut donc conclure que le par. 26(1) de la *Wildlife Act* est incompatible avec le droit de chasser prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*.

Par conséquent, je conclus que l'appelant, M. Ominayak, a établi l'existence d'une atteinte *prima facie* à son droit issu de traité. Il incombe maintenant au gouvernement de justifier cette atteinte.

Justification

À mon avis, un règlement provincial pris conformément à la *Convention* doit satisfaire, à l'égard des droits issus de traité, le même critère de justification que celui énoncé dans *Sparrow*. La raison en est évidente. Comme le par. 12 de la *Convention* a pour effet de placer le gouvernement provincial exactement dans la situation où se trouvait la Couronne fédérale auparavant, le gouvernement provincial a la même obligation de ne pas porter atteinte de manière injustifiée au droit de chasse prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*. Le paragraphe 12 de la *Convention* prévoit que la province peut légiférer à des fins de conservation, sous réserve du droit des Indiens de chasser et de pêcher pour se nourrir. En conséquence, il est nécessaire de disposer de moyens de

Sparrow analysis provides a reasonable, flexible and current method of assessing conservation regulations and enactments.

In *Sparrow*, at p. 1113, it was held that in considering whether an infringement of aboriginal or treaty rights could be justified, the following questions should be addressed sequentially:

First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. [Emphasis added.]

At page 1114, the next step was set out in this way:

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin, supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. [Emphasis added.]

Finally, at p. 1119, it was noted that further questions might also arise depending on the circumstances of the inquiry:

These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justifica-

déterminer si une loi en matière de conservation qui porte atteinte à ce droit est néanmoins justifiable. L'analyse formulée dans l'arrêt *Sparrow* constitue une méthode raisonnable, souple et admise d'évaluation des lois et règlements relatifs à la conservation.

Dans l'arrêt *Sparrow*, il a été jugé, à la p. 1113, que pour déterminer s'il est possible de justifier une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités il faut se poser les questions suivantes, dans l'ordre indiqué:

En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministre à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. [Je souligne.]

À la page 1114, l'étape suivante a été décrite ainsi:

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. [Je souligne.]

Enfin, à la p. 1119, on a signalé que d'autres questions peuvent également se soulever, selon les circonstances de l'enquête:

Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appré-

tion. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians. [Emphasis added.]

98 In the present case, the government has not led any evidence with respect to justification. In the absence of such evidence, it is not open to this Court to supply its own justification. Section 26(1) of the *Wildlife Act* constitutes a *prima facie* infringement of the appellant Mr. Ominayak's treaty right to hunt. Yet, the issue of conservation is of such importance that a new trial must be ordered so that the question of justification may be addressed.

Conclusion

99 The constitutional question posed before this Court was:

If Treaty 8 confirmed to the Indians of the Treaty 8 Territory the right to hunt throughout the tract surrendered, does the right continue to exist or was it extinguished and replaced by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, 20-21 George V, c. 26 (U.K.))*, and if the right continues to exist, could that right be exercised on the lands in question and, if so, was the right impermissibly infringed upon by s. 26(1) or s. 27(1) of the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, given Treaty 8 and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

100 It is evident from these reasons that the constitutional question should be answered as follows. The hunting rights confirmed by Treaty No. 8 were modified by para. 12 of the *NRTA* to the extent indicated in these reasons. Paragraph 12 of the *NRTA* provided for a continuing right to hunt for food on unoccupied land.

101 Mr. Badger and Mr. Kiyawasew were hunting on occupied land to which they had no right of access under Treaty No. 8 or the *NRTA*. Accordingly, ss. 26(1) and 27(1) of the *Wildlife Act* do not infringe their constitutional right to hunt for food.

ciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent. [Je souligne.]

En l'espèce, le gouvernement n'a pas présenté de preuve relativement à la justification. En l'absence d'une telle preuve, il n'est pas loisible à notre Cour de fournir sa propre justification. Le paragraphe 26(1) de la *Wildlife Act* constitue une atteinte *prima facie* au droit de chasse issu de traité que possède l'appelant, M. Ominayak. Cela dit, la question de la conservation est d'une telle importance qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès afin de permettre l'examen de la question de la justification.

Conclusion

La question constitutionnelle qui était posée à notre Cour était la suivante:

Si le Traité n° 8 confirmait aux Indiens du territoire de ce traité le droit de chasser dans l'ensemble de la zone cédée, le droit existe-t-il toujours ou a-t-il été éteint et remplacé par le par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, 20-21 George V, ch. 26 (R.-U.))* et, si le droit existe toujours, pouvait-il être exercé sur les terres en question. Dans l'affirmative, les par. 26(1) ou 27(1) de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, portent-ils atteinte à ce droit, compte tenu du Traité n° 8 et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il ressort clairement des motifs qui précèdent que la question constitutionnelle devrait recevoir la réponse suivante. Les droits de chasse confirmés par le Traité n° 8 ont, dans la mesure indiquée dans les présents motifs été modifiés par le par. 12 de la *Convention*. Le paragraphe 12 de la *Convention* a établi un droit constant de chasser sur des terres inoccupées pour se nourrir.

Monsieur Badger et M. Kiyawasew chassaient sur des terres occupées auxquelles ils n'avaient aucun droit d'accès en vertu du Traité n° 8 ou de la *Convention*. Par conséquent, les par. 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act* ne portent pas atteinte à leur droit constitutionnel de chasser pour se nourrir.

However, Mr. Ominayak was exercising his constitutional right on land which was unoccupied for the purposes of this case. Section 26(1) of the *Wildlife Act* constitutes a *prima facie* infringement of his Treaty right to hunt for food. As a result of their conclusions, the issue of justification was not considered by the courts below. Therefore, in his case, a new trial must be ordered so that the issue of justification may be addressed.

Disposition

The appeals of Mr. Badger and Mr. Kiyawasew are dismissed.

The appeal of Mr. Ominayak is allowed and a new trial directed so that the issue of the justification of the infringement created by s. 26(1) of the *Wildlife Act* and any regulations passed pursuant to that section may be addressed.

Appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew dismissed; appeal of Ernest Clarence Ominayak allowed and a new trial directed.

Solicitors for the appellants: Mandamin & Associates, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations: Wardell, Worme, Piché & Missens, Saskatoon.

Cependant, M. Ominayak exerçait son droit constitutionnel sur des terres qui étaient inoccupées pour les fins de l'espèce. Le paragraphe 26(1) de la *Wildlife Act* constitue une atteinte *prima facie* à son droit — issu du Traité — de chasser pour se nourrir. En raison de leurs conclusions, les juridictions inférieures n'ont pas examiné la question de la justification. Par conséquent, dans le cas de M. Ominayak, un nouveau procès doit être ordonné afin de permettre l'examen de cette question.

Dispositif

Les pourvois de MM. Badger et Kiyawasew sont rejetés.

Le pourvoi de M. Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné afin que soit examinée la question de la justification de l'atteinte créée par le par. 26(1) de la *Wildlife Act* et les règlements pris en application de cette disposition.

Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés; le pourvoi d'Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Procureurs des appelants: Mandamin & Associates, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante la Federation of Saskatchewan Indian Nations: Wardell, Worme, Piché & Missens, Saskatoon.

102

103

104

Solicitors for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Parlee, McLaws, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Treaty 7 Tribal Council: Walsh, Wilkins, Calgary.

Solicitors for the intervener the Confederacy of Treaty Six First Nations: Molstad, Gilbert, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Scott & Ayles, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Parlee, McLaws, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Treaty 7 Tribal Council: Walsh, Wilkins, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Confederacy of Treaty Six First Nations: Molstad, Gilbert, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations: Scott & Ayles, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.

David Attis *Appellant*

David Attis *Appelant*

v.

c.

The Board of School Trustees, District No. 15 *Respondent*

Le Conseil scolaire du district n° 15 *Intimé*

and

et

The Human Rights Commission of New Brunswick, Malcolm Ross, the Department of Education of New Brunswick, the New Brunswick Teachers' Federation, and the Canadian Jewish Congress *Respondents*

La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, Malcolm Ross, le ministère de l'Éducation du Nouveau-Brunswick, la Fédération des enseignants et enseignantes du Nouveau-Brunswick et le Congrès juif canadien *Intimés*

and

et

Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd., the Human Rights Board of Inquiry, and the Minister of Labour of New Brunswick *Respondents*

Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd., la Commission d'enquête sur les droits de la personne et le ministre du Travail du Nouveau-Brunswick *Intimés*

and between

et entre

The Human Rights Commission of New Brunswick *Appellant*

La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick *Appelante*

v.

c.

The Board of School Trustees, District No. 15 *Respondent*

Le Conseil scolaire du district n° 15 *Intimé*

and

et

David Attis *Respondent*

David Attis *Intimé*

and

et

Malcolm Ross, the Department of Education of New Brunswick, the New Brunswick Teachers' Federation, and the Canadian Jewish Congress *Respondents*

Malcolm Ross, le ministère de l'Éducation du Nouveau-Brunswick, la Fédération des enseignants et enseignantes du Nouveau-Brunswick et le Congrès juif canadien *Intimés*

and

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
the Human Rights Board of Inquiry, and
the Minister of Labour of New
Brunswick** *Respondents*

and between

The Canadian Jewish Congress *Appellant*

v.

**The Board of School Trustees, District
No. 15** *Respondent*

and

Malcolm Ross *Respondent*

and

David Attis *Respondent*

and

**The Human Rights Commission of New
Brunswick, the Department of Education of
New Brunswick, and the New Brunswick
Teachers' Federation** *Respondents*

and

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
the Human Rights Board of Inquiry, and
the Minister of Labour of New
Brunswick** *Respondents*

and

**The Attorney General of British Columbia,
the League for Human Rights of B'Nai
Brith Canada, the Canadian Civil Liberties
Association, and the Canadian Association**

et

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
la Commission d'enquête sur les droits de la
personne et le ministre du Travail du
Nouveau-Brunswick** *Intimés*

et entre

Le Congrès juif canadien *Appelant*

c.

Le Conseil scolaire du district n° 15 *Intimé*

et

Malcolm Ross *Intimé*

et

David Attis *Intimé*

et

**La Commission des droits de la personne du
Nouveau-Brunswick, le ministère de
l'Éducation du Nouveau-Brunswick et la
Fédération des enseignants et enseignantes
du Nouveau-Brunswick** *Intimés*

et

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
la Commission d'enquête sur les droits de la
personne et le ministre du Travail du
Nouveau-Brunswick** *Intimés*

et

**Le procureur général de la Colombie-
Britannique, la Ligue des droits de la
personne de B'Nai Brith Canada,
l'Association canadienne des libertés civiles**

**of Statutory Human Rights
Agencies *Interveners***

INDEXED AS: ROSS v. NEW BRUNSWICK SCHOOL DISTRICT
No. 15

File No.: 24002.

1995: October 31; 1996: April 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW
BRUNSWICK

Civil rights — Discrimination — Services to the public — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Whether school board which employs teacher discriminating with respect to services it offers to public — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1).

Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal — Issues raised involving constitutional and administrative law components — Different standards of review applicable — Relationship between administrative law standard of review and constitutional standard of review under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Administrative law — Human rights tribunal — Jurisdiction — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry making finding of discrimination against school board which employs teacher — School board ordered to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether Board's finding of discrimination and order beyond its jurisdiction — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, ss. 20(1), (6.2), 21(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold

**et l'Association canadienne des commissions
et conseils des droits de la
personne *Intervenants***

RÉPERTORIÉ: ROSS c. CONSEIL SCOLAIRE DU DISTRICT
N° 15 DU NOUVEAU-BRUNSWICK

N° du greffe: 24002.

1995: 31 octobre; 1996: 3 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Libertés publiques — Discrimination — Services au public — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Le conseil scolaire qui emploie l'enseignant fait-il preuve de discrimination quant aux services qu'il offre au public? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 5(1).

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne — Questions soulevées comportant un volet «droit constitutionnel» et un volet «droit administratif» — Différentes normes de contrôle applicables — Lien entre la norme de contrôle en droit administratif et la norme constitutionnelle de contrôle en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit administratif — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne concluant que le conseil scolaire qui emploie l'enseignant a fait preuve de discrimination — Ordonnance enjoignant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits anti-sémites ou vend ses publications antérieures — La conclusion de la commission à l'existence de discrimination et l'ordonnance qu'elle a rendue excèdent-elles sa compétence? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 20(1), (6.2), 21(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédia-

his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of expression — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).

For several years, R, a teacher, publicly made racist and discriminatory comments against Jews during his off-duty time. R's writings and statements communicating his anti-Semitic views include four books or pamphlets, letters to a local newspaper, and a local television interview. A Jewish parent filed a complaint with the New Brunswick Human Rights Commission, alleging that the School Board, which employed R as a teacher, violated s. 5(1) of the *Human Rights Act* by discriminating against him and his children in the provision of accommodation, services or facilities on the basis of religion and ancestry. The Board of Inquiry (the "Board") found that R's off-duty comments denigrated the faith and belief of Jews. The Board further found that the School Board was in breach of s. 5(1), concluding that it discriminated by failing to discipline R meaningfully in that, by its almost indifferent response to the complaints and by continuing his employment, it endorsed his out-of-school activities and writings. The Board directed the School Board to comply with the following, in clause 2: (a) place R on a leave of absence without pay for a period of 18 months; (b) appoint him to a non-teaching position, if one became available during that period; (c) terminate his employment at the end of that period if, in the interim, he had not been offered and accepted a non-teaching position; and (d) terminate his employment with the School Board immediately if he published or wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications any time during the leave of absence period or at any time during his employment in a non-teaching position. The Court of Queen's Bench allowed R's application for judicial review in part, ordering that clause 2(d) of the order be quashed on the ground that it was in excess of jurisdiction. The court

tement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).

Pendant plusieurs années, l'enseignant R a fait publiquement, en dehors de ses heures de travail, des déclarations racistes et discriminatoires contre les Juifs. Les écrits et déclarations dans lesquels R avait communiqué ses opinions antisémites comprenaient quatre livres ou brochures, des lettres à un journal local et une entrevue accordée à une station locale de télévision. Un parent juif a déposé, auprès de la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, une plainte dans laquelle il alléguait que le conseil scolaire, qui employait R comme enseignant, avait violé le par. 5(1) de la *Loi sur les droits de la personne* en faisant preuve de discrimination envers lui et ses enfants quant au logement, aux services et aux commodités pour des raisons de croyance et d'ascendance. La commission d'enquête (la «commission») a statué que les remarques que R avait faites en dehors de ses heures de travail avaient dénigré la foi et les croyances des Juifs. Elle a aussi conclu que le conseil scolaire avait contrevenu au par. 5(1), concluant qu'il avait fait preuve de discrimination en ne prenant pas de mesures disciplinaires sérieuses contre R, étant donné qu'en continuant à l'employer et en faisant montre d'une quasi-indifférence face aux plaintes, il avait approuvé ses écrits et ses activités à l'extérieur de l'école. Au deuxième paragraphe de son ordonnance, la commission a ordonné au conseil scolaire de prendre les mesures suivantes: a) mettre R en congé sans solde pour une période de 18 mois, b) l'affecter à un poste de non-enseignant si un tel poste s'ouvre pendant cette période, c) mettre fin à son emploi à la fin de cette période si, dans l'intervalle, on ne lui a pas offert et il n'a pas accepté un poste de non-enseignant, et d) mettre fin à son emploi auprès du conseil scolaire immédiatement s'il publie ou produit des écrits antisémites ou vend ses

also concluded that paragraph 2 of the order violated ss. 2(a) and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but that, with the exception of clause 2(d), it could be saved by s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed the cross-appeals with respect to clause 2(d) and allowed R's appeal, holding that clauses 2(a), (b) and (c) of the order infringed R's freedom of expression and freedom of religion and could not be justified under s. 1.

Held: The appeal should be allowed and clauses 2(a), (b) and (c) of the order restored.

(1) *Standards of Review*

This appeal raises two general issues in relation to the standard of judicial review. The first relates to the administrative law issue of the standard of deference to be applied to the Board's finding of discrimination and its remedial order. The second relates to the standard of constitutional review to be applied to the Board's order. With respect to the administrative law issue, the superior expertise of a human rights tribunal is confined to fact-finding and adjudication in a human rights context, and the standard of review on the basis of reasonableness is applicable to these matters. For general questions of law, a standard of correctness is appropriate. In the process of performing its adjudicative function, a human rights tribunal applies general legal reasoning and statutory interpretation, matters which are ultimately within the province of the judiciary. Human rights tribunals, however, have relative fact-finding expertise and should be accorded deference by the courts in this function. This may be reinforced in this case by s. 21(1) of the Act which may import some privative effect. This fact-finding expertise of human rights tribunals should not be restrictively interpreted, and it must be assessed against the backdrop of the particular decision the tribunal is called upon to make. Here, the Court must decide whether the Board's finding of discrimination was beyond its jurisdiction. The Board's authority to determine the issue of discrimination is found in s. 20(1) of the Act. Since a finding of discrimination is impregnated with facts, and given the complexity of the evidentiary inferences made on the basis of these facts before the Board, it is appropriate to exercise a relative degree of deference to the finding of discrimination, in

publications antérieures à quelque moment que ce soit pendant la période de congé sans solde ou pendant qu'il occupe un poste de non-enseignant. La Cour du Banc de la Reine a accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire, ordonnant que la clause 2d) de l'ordonnance soit annulée pour cause d'excès de compétence. La cour a également conclu que le deuxième paragraphe de l'ordonnance violait les al. 2a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu'il pouvait, à l'exception de la clause 2d), être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté les appels incidents interjetés à l'égard de la clause 2d) et a accueilli l'appel de R, statuant que les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance portaient atteinte aux libertés d'expression et de religion de R et ne pouvaient être justifiées au sens de l'article premier.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance sont rétablies.

(1) *Normes de contrôle*

Le présent pourvoi soulève deux questions générales relatives à la norme de contrôle judiciaire. La première est la question, relevant du droit administratif, de la norme de retenue à appliquer à la conclusion de la commission à l'existence de discrimination, et à l'ordonnance réparatrice qu'elle a rendue. La seconde question est celle de la norme de contrôle constitutionnel qui doit être appliquée à l'ordonnance de la commission. En ce qui concerne la question de droit administratif, l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne est limitée à l'appréciation des faits et aux décisions dans un contexte de droits de la personne, et la norme de contrôle applicable est celle fondée sur le caractère raisonnable. En ce qui concerne les questions générales de droit, la norme qu'il convient d'appliquer est celle de la décision correcte. Dans l'exercice de son rôle décisionnel, le tribunal des droits de la personne adopte un raisonnement juridique général et interprète des lois, ce qui relève en dernière analyse de la compétence des cours de justice. Cependant, les tribunaux des droits de la personne ont une expertise relative en matière d'appréciation des faits et les cours de justice devraient leur témoigner de la retenue à cet égard. Cela peut être renforcé en l'espèce par le par. 21(1) de la Loi qui peut avoir un effet privatif. Il n'y a pas lieu d'interpréter restrictivement cette expertise des tribunaux des droits de la personne en matière d'appréciation des faits et il faut l'apprécier en fonction des décisions qu'ils sont appelés à rendre. En l'espèce, la Cour doit déterminer si la commission a excédé sa compétence en concluant à l'existence de discrimination. C'est le par. 20(1) de la Loi qui confère à la commission le pouvoir de trancher la ques-

light of the Board's superior expertise in fact-finding — a conclusion supported by the existence of words importing a limited privative effect into the constituent legislation. As for the order, the Board's discretionary power set forth in s. 20(6.2) of the Act is in such broad terms that the order cannot be said to fall outside its jurisdiction. Here too the tribunal is entitled to the same deference in fact finding.

This case also involves a constitutional challenge to the Board's order. An administrative tribunal acting pursuant to its delegated powers exceeds its jurisdiction if it makes an order that infringes the *Charter*. The *Charter* standard and the administrative law standard, however, must not be conflated into one. Where the issues involved are untouched by the *Charter*, the appropriate administrative law standard is properly applied as the standard of review; but when, as in this case, the values invoked are *Charter* values, it is necessary to subject the decision to a s. 1 analysis. In such a case, there is no need for an administrative law review of the values that have been dealt with pursuant to *Charter* examination under s. 1. If the decision is found to be constitutional, it is difficult to see how it could be patently unreasonable. A review of these same values on an administrative law standard should not impose a more onerous standard upon government than under the *Charter* review. Conversely, if the decision is unconstitutional, then its acceptability according to an administrative law standard is no longer relevant, as the decision is invalid and in excess of the Board's jurisdiction.

(2) *Discrimination*

The Board was correct in finding that R's continued employment as a teacher constituted discrimination under s. 5(1) of the Act, with respect to educational services available to the public. On the basis of the factual evidence disclosing the substance of R's writings and statements, and the notoriety of his anti-Semitic comments in the community and beyond, the Board properly concluded that R's off-duty comments undermined his ability to fulfil his teaching position. The evidence

tion de la discrimination. Étant donné qu'une conclusion à l'existence de discrimination repose essentiellement sur des faits et compte tenu de la complexité des déductions probatoires découlant des faits qui ont été présentés à la commission, il convient de faire preuve d'une certaine retenue envers la conclusion à l'existence de discrimination, vu l'expertise supérieure de la commission en matière d'appréciation des faits, laquelle conclusion est étayée par la présence de mots qui confèrent à la loi constituante un effet privatif limité. Quant à l'ordonnance, le pouvoir discrétionnaire de la commission est énoncé de manière si générale, au par. 20(6.2) de la Loi, qu'on ne saurait dire qu'elle excède la compétence de la commission. Ici aussi, le tribunal administratif a droit à la même retenue en matière d'appréciation des faits.

Dans le présent pourvoi, on conteste également la constitutionnalité de l'ordonnance de la commission. Un tribunal administratif qui agit conformément aux pouvoirs qui lui ont été délégués excède sa compétence s'il rend une ordonnance qui contrevient à la *Charte*. Cependant, la norme de droit administratif et celle dictée par la *Charte* ne doivent pas être fondues en une seule norme. Lorsque les questions en litige ne sont pas touchées par la *Charte*, la norme de contrôle appropriée est celle du droit administratif; mais lorsque, comme dans le présent pourvoi, les valeurs invoquées sont des valeurs protégées par la *Charte*, la décision doit faire l'objet d'une analyse fondée sur l'article premier. Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen, selon une norme de droit administratif, des valeurs qui avaient fait l'objet d'un examen fondé sur l'article premier de la *Charte*. Si la décision est jugée constitutionnelle, il est difficile de voir comment elle pourrait être manifestement déraisonnable. Un examen de ces mêmes valeurs selon une norme de droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus stricte que ne le ferait un examen fondé sur la *Charte*. À l'inverse, si la décision est inconstitutionnelle, son acceptabilité suivant une norme de droit administratif n'est plus alors pertinente puisque la décision est invalide et excède la compétence de la commission.

(2) *Discrimination*

La commission a conclu à juste titre que le fait de continuer à employer R comme enseignant constituait de la discrimination au sens du par. 5(1) de la Loi, relativement aux services éducatifs offerts au public. Se fondant sur la preuve factuelle qui révèle la teneur des écrits et des déclarations de R et la notoriété de ses remarques antisémites dans la communauté et au-delà, la commission a eu raison de conclure que les propos que R a tenus en dehors de ses heures de travail ont

establishes a “poisoned” educational environment characterized by a lack of equality and tolerance. Although there is no direct evidence establishing an impact upon the school district caused by R’s off-duty conduct, a reasonable inference is sufficient in this case to support a finding that R’s continued employment impaired the educational environment generally in creating the “poisoned” environment. R’s off-duty conduct impacted upon the educational environment in which he taught. Public school teachers assume a position of influence and trust over their students and must be seen to be impartial and tolerant. By their conduct, teachers, as “medium” of the educational message (the values, beliefs and knowledge sought to be transmitted by the school system), must be perceived as upholding that message. A teacher’s conduct is evaluated on the basis of his or her position, rather than whether the conduct occurs within or outside the classroom. A school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it and it must be ever vigilant of anything that might interfere with this duty. It is not sufficient for a school board to take a passive role. Here, the Board found that the School Board failed to maintain a positive environment and concluded that the School Board had discriminated in its failure to take a proactive approach to the controversy surrounding R, thus suggesting the acceptance of R’s views and of a discriminatory learning environment. There is no error in the Board’s finding of discrimination against the School Board.

(3) Sections 2(a) and 2(b) of the Charter

The Board’s order infringes R’s freedom of expression. R’s writings and statements clearly convey meaning and are protected by s. 2(b) of the *Charter*. The truth or popularity of their contents is not relevant to this determination. The order is intended to remedy the discrimination with respect to services available to the public, by preventing R from publicly espousing his views while he is employed as a public school teacher. On its face, its purpose and effect are to restrict R’s expression. The order therefore violates s. 2(b) of the *Charter*. The order also infringes R’s freedom of religion. This freedom ensures that every individual must be free to hold and to manifest without state interference those beliefs and opinions dictated by one’s conscience. Assuming the sincerity of the beliefs and opinions, it is not open to

miné son aptitude à remplir ses fonctions d’enseignant. La preuve révèle l’existence d’un climat scolaire «empoisonné» caractérisé par l’inégalité et l’intolérance. Bien qu’il n’y ait aucune preuve directe que la conduite de R, après ses heures de travail, a eu des répercussions sur le district scolaire, une déduction raisonnable est suffisante, en l’espèce, pour étayer une conclusion que le fait de continuer à employer R a eu une incidence néfaste sur le milieu scolaire en général en créant ce climat «empoisonné». La conduite de R en dehors de ses heures de travail a influé sur le milieu dans lequel il enseignait. Les enseignants des écoles publiques occupent une position d’influence et de confiance par rapport aux élèves et doivent être perçus comme impartiaux et tolérants. Le comportement de l’enseignant, en sa qualité d’intermédiaire par lequel passe le message éducatif (les valeurs, croyances et connaissances que le système scolaire cherche à communiquer), doit traduire son adhésion à ce message. Son comportement est évalué en fonction de la position même qu’il occupe, et non en fonction de la question de savoir si le comportement en cause a été adopté en classe ou ailleurs. Un conseil scolaire a l’obligation de maintenir un climat positif pour toutes les personnes qu’il sert et il doit toujours veiller à écarter tout ce qui pourrait nuire à cette obligation. Il ne lui suffit pas d’assumer un rôle passif. En l’espèce, la commission a conclu que le conseil scolaire a omis de maintenir un climat positif et qu’il a fait preuve de discrimination en n’adoptant pas une méthode proactive face à la controverse entourant R, laissant ainsi croire qu’il acceptait les idées de ce dernier et l’existence d’un milieu d’apprentissage discriminatoire. La commission n’a pas commis d’erreur en concluant que le conseil scolaire a fait preuve de discrimination.

(3) Les alinéas 2a) et b) de la Charte

L’ordonnance de la commission porte atteinte à la liberté d’expression de R. Les écrits et déclarations de R transmettent manifestement une signification et sont protégés par l’al. 2b) de la *Charte*. La véracité ou la popularité de leur contenu n’est pas pertinente aux fins de la présente décision. L’ordonnance vise à remédier à la discrimination dans les services offerts au public en empêchant R d’exprimer publiquement ses opinions pendant qu’il enseigne dans une école publique. À première vue, elle a pour objet et pour effet de restreindre l’expression de R. Elle viole donc l’al. 2b) de la *Charte*. L’ordonnance porte aussi atteinte à la liberté de religion de R. Cette liberté garantit que chacun est libre d’embrasser et de professer, sans ingérence de l’État, les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience. En

the courts to question their validity. Both ss. 2(a) and 2(b) must be given a broad interpretation, generally leaving competing rights to be reconciled under the s. 1 analysis. In certain cases this can be done in a relatively peremptory manner, but in this case, where R's claim is to a serious infringement of his rights in circumstances requiring a detailed contextual analysis, the detailed s. 1 analytical approach provides a more practical and comprehensive mechanism to assess competing interests.

(4) Section 1 of the Charter

The *Oakes* test should be applied flexibly, so as to achieve a proper balance between individual rights and community needs. In undertaking this task, courts must take into account both the nature of the infringed right and the specific values the state relies on to justify the infringement. This involves a close attention to context. Here, the educational context must be considered when balancing R's freedom to make discriminatory statements against the right of the children in the School Board to be educated in a school system that is free from bias, prejudice and intolerance; relevant to this particular context is the vulnerability of young children to messages conveyed by their teachers. The employment context is also relevant to the extent that the state, as employer, has a duty to ensure that the fulfilment of public functions is undertaken in a manner that does not undermine public trust and confidence. Teachers are also employees of a school board and a teacher's freedoms must be balanced against the school board's right to operate according to its own mandate. The anti-Semitism context is relevant as well because the Board's order was made to remedy the discrimination within the public school system that targeted Jews. In its order, the Board balanced R's freedoms against the ability of the School Board to provide a discrimination-free environment and against the interests of Jewish students; it may therefore be entitled to greater deference. An attenuated level of s. 1 justification is appropriate in this case in light of the nature of the rights allegedly infringed by the order. The expression sought to be protected is at best tenuously connected to the core values of freedom of expression. R's religious belief, which denigrates and defames the religious beliefs of others, erodes the very basis of the guarantee in s. 2(a) of the *Charter*. R's

supposant que ces croyances et opinions sont sincères, il n'est pas loisible aux cours de justice de mettre en question leur validité. Les alinéas 2a) et b) doivent recevoir une interprétation large, les droits opposés devant généralement être conciliés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans certains cas, cela peut se faire d'une manière relativement péremptoire, mais, dans la présente affaire où R allègue une atteinte grave à ses droits dans des circonstances nécessitant une analyse contextuelle détaillée, la méthode analytique détaillée, établie sous le régime de l'article premier, constitue un moyen plus pratique et complet d'apprécier des intérêts opposés

(4) L'article premier de la Charte

Le critère de l'arrêt *Oakes* devrait s'appliquer avec souplesse, de manière à établir un juste équilibre entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Dans cette tâche, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que le ministère public invoque pour justifier la violation. Cela exige qu'on examine de près le contexte. En l'espèce, il faut tenir compte du contexte de l'éducation pour établir un équilibre entre la liberté de R de faire des déclarations discriminatoires et le droit des enfants du conseil scolaire d'être instruits dans un système scolaire où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé, ni aucune intolérance; la vulnérabilité des jeunes enfants aux messages transmis par leurs enseignants est pertinente relativement à ce contexte particulier. Le contexte de l'emploi est aussi pertinent dans la mesure où l'État, à titre d'employeur, est tenu de veiller à ce que les fonctions publiques soient exercées de manière à ne pas saper la confiance du public. L'enseignant est aussi l'employé d'un conseil scolaire et ses libertés doivent être pondérées en fonction du droit du conseil scolaire de remplir son propre mandat. Le contexte de l'antisémitisme est également pertinent du fait que l'ordonnance de la commission visait à remédier à la discrimination, dans le système scolaire public, dont étaient victimes les Juifs. Dans son ordonnance, la commission a évalué les libertés de R en fonction de l'aptitude du conseil scolaire à assurer l'existence d'un milieu exempt de discrimination, et en fonction des intérêts des élèves juifs; elle peut donc avoir droit à une plus grande retenue. En l'espèce, il convient de permettre un degré atténué de justification au sens de l'article premier, compte tenu de la nature des droits qui auraient été violés par l'ordonnance. L'expression qu'on cherche à protéger n'a tout au plus qu'un lien ténu avec les valeurs qui sont au cœur de la liberté d'expression. La croyance religieuse de R qui dénigre et attaque les croyances religieuses d'autrui

religious views serve to deny Jews respect for dignity and equality.

The Board's order aims at remedying the discrimination found to have poisoned the educational environment in the School Board. This objective is clearly of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. There is also a rational connection between the order and its objective. While the evidence did not establish a direct link between the poisoned educational environment and R's anti-Semitic views, it is sufficient that the Board found it "reasonable to anticipate" that there was a causal relationship between R's conduct and the harm. It is possible to "reasonably anticipate" the causal relationship in this case because of the significant influence teachers exert on their students and the stature associated with the role of a teacher. R's removal from his teaching position was thus necessary to ensure that no influence of this kind is exerted by him upon his students and to ensure that the educational services are discrimination-free. Accordingly, clauses 2(a), (b) and (c) of the order, which deal with R's removal from his teaching position, are rationally connected to the order's objective. They were also carefully tailored to accomplish this objective and minimally impair R's constitutional freedoms. The deleterious effects of these clauses upon R's freedoms are limited to the extent necessary to the attainment of their purpose. R is free to exercise his fundamental freedoms in a manner unrestricted by this order, upon leaving his teaching position, and he is not prevented from holding a position within the School Board if a non-teaching position becomes available. The objectives of preventing and remedying the discrimination in the provision of educational services to the public outweigh any negative effects on R produced by these clauses. Clauses 2(a), (b) and (c) of the order are justified under s. 1 and were properly made within the Board's jurisdiction.

Clause 2(d), however, fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. It may be that R's continued presence in the School Board would produce a residual effect even after he was removed from a teaching position, which may be what the clause sought to address. However, the evidence does not support the conclusion that the residual poisoned effect would remain indefinitely. For that reason, clause 2(d), which imposes a permanent ban, does not meet the minimal impairment test. Clause 2(d) should be severed from the remainder of the order on the basis that it does not constitute a jus-

mine le fondement même de la garantie de l'al. 2a) de la *Charte*. R se sert de ses opinions religieuses pour nier aux Juifs le respect de la dignité et de l'égalité.

L'ordonnance de la commission vise à remédier à la discrimination qui, a-t-on conclu, a empoisonné le milieu de l'enseignement du conseil scolaire. Il est clair que cet objectif est suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté constitutionnelle. Il existe également un lien rationnel entre l'ordonnance et son objectif. Même si la preuve n'établissait pas l'existence d'un lien direct entre le milieu scolaire empoisonné et les opinions antisémites de R, il est suffisant que la commission ait conclu qu'il était «raisonnable de s'attendre» à ce qu'il y ait un lien causal entre le comportement de R et le préjudice causé. Il est possible de «s'attendre raisonnablement» à l'existence d'un lien causal en l'espèce en raison de l'influence importante que l'enseignant exerce sur ses élèves, et du statut associé à son rôle. Il était donc nécessaire de retirer à R son poste d'enseignant afin d'assurer qu'il n'exerce plus ce genre d'influence sur ses élèves et que les services éducatifs soient exempts de toute discrimination. En conséquence, les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance, qui visent à retirer à R son poste d'enseignant, sont rationnellement liées à cet objectif. Elles ont également été soigneusement conçues pour réaliser cet objectif et elles portent atteinte de façon minimale aux libertés constitutionnelles de R. Les effets pernicieux de ces clauses sur les libertés de R sont limités à la mesure nécessaire pour réaliser leur objectif. Après avoir quitté son poste d'enseignant, R sera libre d'exercer ses libertés fondamentales d'une manière non restreinte par l'ordonnance et il ne lui sera pas interdit de travailler au sein du conseil scolaire si un poste de non-enseignant s'ouvre. Les objectifs de prévenir la discrimination dans la prestation de services éducatifs au public, et d'y remédier, l'emporte sur les effets négatifs que ces clauses peuvent avoir sur R. Les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance sont justifiées au sens de l'article premier et relèvent de la compétence de la commission.

Cependant, la clause 2d) ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Il se peut que le maintien de R au sein du conseil scolaire ait un effet résiduel même après son retrait de l'enseignement, et c'est peut-être ce que la clause vise à éviter. Toutefois, la preuve n'étaye pas la conclusion que l'effet résiduel empoisonné durerait indéfiniment. Pour ce motif, la clause 2d) qui impose une interdiction permanente ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. Il y a lieu de retrancher la clause 2d) du reste de l'ordonnance pour le motif qu'elle ne constitue pas une

tifiable infringement of the *Charter* and is therefore in excess of the Board's jurisdiction.

Cases Cited

Applied: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641; *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees v. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), 15.
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, ss. 5(1) [rep. & sub. 1985, c. 30, s. 7; am. 1992, c. 30, s. 5(a)], 20(1) [rep. & sub. 1985, c. 30, s. 13(a); am. 1987, c. 6, s. 41], 20(4.1)(d) [ad. 1985, c. 30, s. 13(d)], 20(6.2) [*idem*, s. 13(g)], 21(1) [rep. & sub. *idem*, s. 14].

Authors Cited

Reyes, Allison. "Freedom of Expression and Public School Teachers" (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1993), 142 N.B.R. (2d) 1, 364 A.P.R. 1, 110 D.L.R. (4th) 241, 19 C.H.R.R. D/173, allowing an appeal and dismissing cross-

atteinte justifiable à la *Charte* et qu'elle excède ainsi la compétence de la commission.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés:** *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641; *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees c. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), 15.
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11 [mod. 1985, ch. 30, art. 1], art. 5(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 7; mod. 1992, ch. 30, art. 5a)], 20(1) [abr. & rempl. 1985, ch. 30, art. 13a)]; 20(4.1)(d) [aj. *idem*, art. 13d)], 20(6.2) [*idem*, art. 13g)], 21(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 14].

Doctrine citée

Reyes, Allison. «Freedom of Expression and Public School Teachers» (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 1, 364 A.P.R. 1, 110 D.L.R. (4th) 241, 19 C.H.R.R. D/173, qui a accueilli un appel principal et rejeté

appeals from a judgment of Creaghan J. (1991), 121 N.B.R. (2d) 361, 304 A.P.R. 361, 86 D.L.R. (4th) 749, 16 C.H.R.R. D/250, which allowed in part an application for judicial review of a decision of a human rights board of inquiry (1991), 121 N.B.R. (2d) 1, 304 A.P.R. 1, 15 C.H.R.R. D/339. Appeal allowed.

Neil Finkelstein, George Vegh, Joseph Weir and Janice Spencer, for the appellant Attis.

Thomas S. Kuttner, Charles Ferris and Irving Cotler, for the appellant the Human Rights Commission of New Brunswick.

Joel Richler and Keith Landy, for the appellant the Canadian Jewish Congress.

Douglas H. Christie, for the respondent Ross.

Frank A. Falzon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

David Matas, Marvin Kurz and Jacquie Chic, for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Edward L. Greenspan, Q.C., for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Joseph J. Arvay, Q.C.*, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J. — This appeal concerns the obligation imposed upon a public school board pursuant to provincial human rights legislation to provide discrimination-free educational services. It further involves the fundamental freedom of an individual teacher to publicly express his views and to exercise his religious beliefs during his off-duty time. The main issues raised by this appeal are whether a school board, which employs a teacher who publicly makes invidiously discrimi-

des appels incidents contre une décision du juge Creaghan (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 361, 304 A.P.R. 361, 86 D.L.R. (4th) 749, 16 C.H.R.R. D/250, qui avait accueilli en partie une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une commission d'enquête sur les droits de la personne (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 1, 304 A.P.R. 1, 15 C.H.R.R. D/339. Pourvoi accueilli.

Neil Finkelstein, George Vegh, Joseph Weir et Janice Spencer, pour l'appelant Attis.

Thomas S. Kuttner, Charles Ferris et Irving Cotler, pour l'appelante la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick.

Joel Richler et Keith Landy, pour l'appelant le Congrès juif canadien.

Douglas H. Christie, pour l'intimé Ross.

Frank A. Falzon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Matas, Marvin Kurz et Jacquie Chic, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Edward L. Greenspan, c.r., pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Joseph J. Arvay, c.r.*, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi concerne l'obligation qui incombe à un conseil scolaire public, aux termes d'une loi provinciale sur les droits de la personne, de fournir des services éducatifs exempts de discrimination. Il met également en cause la liberté fondamentale d'un enseignant d'exprimer publiquement ses opinions et de professer ses croyances religieuses en dehors de ses heures de travail. Les principales questions soulevées en l'espèce sont de savoir si un conseil

natory statements, discriminates with respect to services it offers to the public pursuant to s. 5(1) of the New Brunswick *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, and whether an order to rectify the discrimination, which seeks to remove the teacher from his teaching position, infringes upon the teacher's freedom of expression and freedom of religion guaranteed under ss. 2(a) and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I. Facts

2

The factual context within which these issues arise is as follows. On April 21, 1988, the appellant Attis filed a complaint with the Human Rights Commission of New Brunswick, alleging that the Board of School Trustees, District No. 15, violated s. 5 of the *Human Rights Act* by discriminating against him and his children in the provision of accommodation, services or facilities on the basis of religion and ancestry. The appellant Attis alleged that the School Board, by failing to take appropriate action against the respondent Ross, a teacher working for the School Board who publicly made racist, discriminatory and bigoted statements, condoned his anti-Jewish views and breached s. 5 of the Act by discriminating against Jewish and other minority students within the educational system served by the School Board.

3

On September 1, 1988, a human rights board of inquiry was established to investigate the complaint. In the complaint, the appellant Attis, a Moncton resident, described himself as a Jew. He alleged that the discriminatory conduct by the School Board occurred from March 29, 1977 to April 21, 1988, and arose out of the actions of the respondent Ross, a teacher at Magnetic Hill School. The latter made racist and discriminatory statements in published writings and in appearances on public television. In his published writings, which consist of four books or pamphlets published from 1978 to 1989, and three letters to New Brunswick newspapers, Ross (whom I shall hereafter refer to simply as the respondent) argued that Christian civilization was being undermined

scolaire, dont l'un des enseignants fait publiquement des déclarations injustement discriminatoires, fait preuve de discrimination quant aux services qu'il offre au public, au sens du par. 5(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, et si une ordonnance visant à corriger la situation discriminatoire en retirant à l'intéressé son poste d'enseignant, porte atteinte aux libertés d'expression et de religion qui lui sont garanties par les al. 2a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I. Les faits

Ces questions s'inscrivent dans le contexte suivant. Le 21 avril 1988, l'appellant Attis a déposé, auprès de la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, une plainte dans laquelle il alléguait que le conseil scolaire du district n° 15 avait violé l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne* en faisant preuve de discrimination envers lui et ses enfants quant au logement, aux services et aux commodités pour des raisons de croyance et d'ascendance. L'appellant Attis a soutenu qu'en omettant de prendre des mesures appropriées contre l'un de ses enseignants, l'intimé Ross, qui avait fait publiquement des déclarations racistes, discriminatoires et fanatiques, le conseil scolaire a toléré ses opinions antisémites et a enfreint l'art. 5 de la Loi en faisant preuve de discrimination envers les élèves juifs et ceux des autres minorités dans le système d'éducation qu'il assure.

Le 1^{er} septembre 1988, une commission d'enquête sur les droits de la personne a été constituée pour faire la lumière sur la plainte. Dans cette plainte, l'appellant Attis, un résident de Moncton qui se disait juif, a allégué que la conduite discriminatoire adoptée par le conseil scolaire, entre le 29 mars 1977 et le 21 avril 1988, découlait des actions de l'intimé Ross qui enseignait à l'école Magnetic Hill. Ce dernier avait fait des déclarations racistes et discriminatoires dans des écrits qu'il avait publiés et lors d'émissions de télévision publique auxquelles il avait participé. Dans ses publications qui comprenaient quatre livres ou brochures publiés de 1978 à 1989, ainsi que trois lettres à des journaux du Nouveau-Brunswick, Ross (que je vais simplement désigner ci-après

and destroyed by an international Jewish conspiracy.

At the time of the hearing before the Board of Inquiry, the respondent did not have a homeroom class, but was a modified resource teacher. He had been employed at the school since September 1976, and before that as a teacher at the Birchmount School. Concerns about the respondent's writings had been expressed publicly since 1978, when the Chairman of the Human Rights Commission had sent a letter to the School Board requesting that his classroom performance be supervised. By 1987, the School Board's response to the controversy had become a public issue and the Department of Education of New Brunswick became involved.

In 1988, the School Board instituted disciplinary action against the respondent. On March 16, 1988, he was reprimanded and warned that continued public discussion of his views could lead to further disciplinary action, including dismissal. He was also informed that the warning was applicable to his out-of-school activities. The reprimand remained in force until September 20, 1989. On November 21, 1989, the respondent made the television appearance previously mentioned and was again reprimanded by the School Board on November 30, 1989.

The Board of Inquiry found there was no evidence of any direct classroom activity by the respondent on which to base a complaint under s. 5 of the *Human Rights Act*. However, it also found that his off-duty comments denigrated the faith and belief of Jews. It concluded that his actions violated s. 5(1) of the Act and that there was no reasonable excuse to justify the discriminatory effect of those actions. It further found that the School Board was liable for any breaches of s. 5 of the Act by its teachers and, as such, the School Board was also in breach of s. 5 of the Act. The Board concluded that the School Board discriminated by failing to discipline the respondent meaningfully in that, by its almost indifferent response to the com-

comme étant l'intimé) a fait valoir que la civilisation chrétienne était menacée de destruction par un complot juif international.

À l'époque de l'audience devant la commission d'enquête, l'intimé était non pas titulaire de classe mais enseignant ressource. Il travaillait à l'école depuis septembre 1976 et avait auparavant enseigné à l'école Birchmount. Des préoccupations avaient été exprimées publiquement au sujet des écrits de l'intimé, dès 1978, au moment où le président de la Commission des droits de la personne avait fait parvenir au conseil scolaire une lettre dans laquelle il lui demandait de surveiller l'enseignement en classe de l'intimé. En 1987, la façon dont le conseil scolaire réagissait à la controverse était devenue une question d'intérêt public et le ministère de l'Éducation du Nouveau-Brunswick est intervenu.

En 1988, le conseil scolaire a pris des mesures disciplinaires contre l'intimé. Le 16 mars 1988, ce dernier a été réprimandé et prévenu que s'il continuait à discuter publiquement de ses opinions, il pourrait faire l'objet d'autres sanctions disciplinaires, dont le renvoi. On l'a également informé que l'avertissement valait aussi pour ses activités à l'extérieur de l'école. La réprimande est demeurée en vigueur jusqu'au 20 septembre 1989. Le 21 novembre 1989, l'intimé a participé à l'émission de télévision évoquée précédemment et a fait l'objet d'une nouvelle réprimande du conseil scolaire le 30 novembre 1989.

La commission d'enquête a conclu à l'absence de preuve établissant que l'intimé avait exercé directement en classe une activité qui pourrait faire l'objet d'une plainte fondée sur l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*. Cependant, elle a aussi statué que les remarques qu'il avait faites en dehors de ses heures de travail avaient dénigré la foi et les croyances des Juifs. Elle a conclu que ses agissements contrevenaient au par. 5(1) de la Loi et qu'aucune excuse raisonnable n'en justifiait l'effet discriminatoire. Elle a ajouté que le conseil scolaire était responsable de toute violation de l'art. 5 de la Loi par ses enseignants et que, pour cette raison, il avait également contrevenu à l'art. 5 de la Loi. La commission d'enquête a conclu que le con-

4

5

6

plaints and by continuing his employment, it endorsed his out-of-school activities and writings. This, it held, resulted in an atmosphere where anti-Jewish sentiments flourished and where Jewish students were subject to a "poisoned environment" within the School District "which has greatly interfered with the educational services provided" to the appellant Attis and his children: (1991), 121 N.B.R. (2d) 1, 304 A.P.R. 1, 15 C.H.R.R. D/339 (hereinafter cited to N.B.R.).

seil scolaire avait fait preuve de discrimination en ne prenant pas de mesures disciplinaires sérieuses contre l'intimé, étant donné qu'en continuant à l'employer et en faisant montre d'une quasi-indifférence face aux plaintes, il avait approuvé ses écrits et ses activités à l'extérieur de l'école. Il en est résulté, a-t-elle statué, une atmosphère antisémite où les élèves juifs étaient exposés à un [TRADUCTION] «milieu empoisonné» dans le district scolaire, «ce qui a considérablement nui à la prestation des services d'éducation» à l'appellant Attis et à ses enfants: (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 1, 304 A.P.R. 1, 15 C.H.R.R. D/339 (ci-après cité au R.N.-B.).

7

The Board of Inquiry made an order (at pp. 90-90B) dealing with the matter, which gives rise to the issues dealt with in this appeal. Paragraph (1) of the order requiring the Department of Education to take a number of steps aimed at encouraging policies for preventing discriminatory treatment was held by the judge on judicial review to be outside the jurisdiction of the Commission, an issue not taken up on appeal. Paragraph (2) of the order, however, is central to this appeal, and I therefore set it forth at length:

La commission d'enquête a (aux pp. 90 à 90B) rendu, en la matière, une ordonnance qui est à l'origine des questions examinées dans le présent pourvoi. Le juge saisi d'une demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance a statué que le premier paragraphe de cette ordonnance, qui obligeait le ministère de l'Éducation à prendre un certain nombre de mesures visant à encourager les politiques de prévention de traitement discriminatoire, excédait la compétence de la Commission des droits de la personne, ce qui n'a pas été repris en appel. Cependant, le deuxième paragraphe de l'ordonnance est au cœur du présent pourvoi, et je vais donc le citer intégralement:

[TRADUCTION]

(2) That the School Board:

2) Que le conseil scolaire:

(a) immediately place Malcolm Ross on a leave of absence without pay for a period of eighteen months;

a) mette immédiatement Malcolm Ross en congé sans solde pour une période de dix-huit mois;

(b) appoint Malcolm Ross to a non-teaching position if, within the period of time that Malcolm Ross is on leave of absence without pay, a non-teaching position becomes available in School District 15 for which Malcolm Ross is qualified. The position shall be offered to him on terms and at a salary consistent with the position. At such time as Malcolm Ross accepts employment in a non-teaching position his leave of absence without pay shall end.

b) affecte Malcolm Ross à un poste de non-enseignant si, pendant la période de son congé sans solde, un tel poste pour lequel Malcolm Ross est compétent devait s'ouvrir au sein du district scolaire n° 15; le poste lui sera offert à des conditions et à un salaire compatibles avec le poste et le congé sans solde de Malcolm Ross prendra fin au moment où il acceptera le poste de non-enseignant;

(c) terminate Malcolm Ross' employment at the end of the eighteen month leave of absence without pay if, in the interim, he has not been offered and accepted a non-teaching position.

c) mette fin à l'emploi de Malcolm Ross à la fin du congé sans solde de dix-huit mois, si, dans l'intervalle, on ne lui a pas offert et il n'a pas accepté un poste de non-enseignant;

(d) terminate Malcolm Ross' employment with the School Board immediately if, at any time during the

d) mette fin à l'emploi de Malcolm Ross auprès du conseil scolaire immédiatement si, à tout moment

eighteen month leave of absence or if at any time during his employment in a non-teaching position, he:

(i) publishes or writes for the purpose of publication, anything that mentions a Jewish or Zionist conspiracy, or attacks followers of the Jewish religion, or

(ii) publishes, sells or distributes any of the following publications, directly or indirectly:

— *Web of Deceit*

— *The Real Holocaust (The Attack on Unborn Children and Life Itself)*

— *Spectre of Power*

— *Christianity vs. Judeo-Christianity (The Battle for Truth)*

The respondent applied for judicial review requesting that the order of the Board of Inquiry be removed and quashed. On December 31, 1991, Creaghan J. of the Court of Queen's Bench allowed the application in part, ordering that clauses 1 and 2(d) of the order be removed and quashed on the ground that they were in excess of jurisdiction. Creaghan J. also concluded that clause 2(d) of the order violated ss. 2(a) and 2(b) of the *Charter* and could not be saved by s. 1 of the *Charter*: (1991), 121 N.B.R. (2d) 361, 304 A.P.R. 361, 86 D.L.R. (4th) 749, 16 C.H.R.R. D/250. The respondent appealed to the Court of Appeal for New Brunswick which allowed the appeal, Ryan J.A. dissenting: (1993), 142 N.B.R. (2d) 1, 364 A.P.R. 1, 110 D.L.R. (4th) 241, 19 C.H.R.R. D/173. The appellants, Attis, the Human Rights Commission and the Canadian Jewish Congress sought leave to appeal to this Court, seeking to have clause 2 of the Board's order upheld; no appeal was taken in relation to clause 1 of the order.

II. Decisions Below

A. *Court of Queen's Bench* (1991), 121 N.B.R. (2d) 361

Creaghan J. found that the Board of Inquiry had the right, under s. 20(4.1)(d) of the *Human Rights*

pendant le congé sans solde de dix-huit mois, ou si, à tout moment pendant qu'il occupe un poste de non-enseignant:

(i) ou bien il publie ou écrit à des fins de publication tout ouvrage qui mentionne un complot juif ou sioniste, ou attaque les adeptes du judaïsme,

(ii) ou bien il publie, vend ou distribue directement ou indirectement l'une ou l'autre des publications suivantes:

— *Web of Deceit*

— *The Real Holocaust (The Attack on Unborn Children and Life Itself)*

— *Spectre of Power*

— *Christianity vs. Judeo-Christianity (The Battle for Truth)*

L'intimé a présenté une demande de contrôle judiciaire afin que l'ordonnance de la commission d'enquête soit soumise à la cour et annulée. Le 31 décembre 1991, le juge Creaghan de la Cour du Banc de la Reine a accueilli la demande en partie, ordonnant que les clauses 1 et 2d) de l'ordonnance soient soumises à la cour et annulées pour cause d'excès de compétence. Il a également conclu que la clause 2d) violait les al. 2a) et b) de la *Charte* et qu'elle ne pouvait pas être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*: (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 361, 304 A.P.R. 361, 86 D.L.R. (4th) 749, 16 C.H.R.R. D/250. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accueilli l'appel interjeté par l'intimé, le juge Ryan étant dissident: (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 1, 364 A.P.R. 1, 110 D.L.R. (4th) 241, 19 C.H.R.R. D/173. Les appelants Attis, la Commission des droits de la personne et le Congrès juif canadien ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour pour faire confirmer la validité de la deuxième clause de l'ordonnance de la commission d'enquête; aucun appel n'a été interjeté à l'égard de la première clause de l'ordonnance.

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine* (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 361

Le juge Creaghan a statué que la commission d'enquête avait, en vertu de l'al. 20(4.1)d) de la

Act, to determine that the Department of Education should be one of the parties to the inquiry. He also found that s. 20(6.2) of the *Act* provides that “where the Board of Inquiry finds, on a balance of probabilities, that a violation of the *Act* has occurred, it may order any party found to have violated the *Act* to do certain things designed to rectify the violation” (p. 368). Basing himself on that provision, he concluded with respect to clause 1 of the order that (at p. 368):

In this instance, there was no claim that the Department of Education violated the *Act*; there was no investigation as to whether the Department of Education violated the *Act*; and there was no finding that the Department of Education violated the *Act*.

There was no jurisdiction in the Board of Inquiry to make an order requiring compliance by the Department of Education simply because it was designated as a party to the inquiry.

10 He thus quashed clause 1 of the order as being beyond the jurisdiction of the Board. He found there was no claim other than that the School Board had violated the *Act* by continuing to employ the respondent as a teacher in the classroom. He specified that the investigation centred on whether there was a violation of the *Act* resulting from continuing to employ the respondent, and concluded (at p. 370):

There was no jurisdiction in the Board of Inquiry to make an order [clause 2(d)] that directed the School Board to place restrictions on Malcolm Ross’ activities outside the classroom in the event he was no longer employed by the School Board as a teacher in the classroom.

11 Creaghan J. stated that the principal ground for alleging that the decision of the Board of Inquiry and the resulting order were patently unreasonable was that the Board had no evidence on which it could make the findings necessary to support its order. He noted that the Board of Inquiry found that there was evidence to support its conclusion. He reviewed the findings of the Board and stated that the function of a court on review is not to

Loi sur les droits de la personne, le droit de décider que le ministère de l’Éducation devait être l’une des parties à l’enquête. Il a également conclu que, suivant le par. 20(6.2) de la *Loi*, [TRADUCTION] «la commission d’enquête qui parvient à la conclusion, selon la balance des probabilités, qu’une violation à la *Loi* a été commise peut ordonner à toute partie reconnue coupable d’avoir contrevenu à la *Loi* de poser certains actes pour réparer la violation» (p. 368). Se fondant sur cette disposition, il conclut, à l’égard de la première clause de l’ordonnance (à la p. 368):

[TRADUCTION] En l’espèce, personne n’a prétendu que le ministère de l’Éducation avait violé la *Loi*; aucune enquête n’a été faite pour déterminer si le ministère de l’Éducation avait violé la *Loi*; et on n’a pas conclu que le ministère de l’Éducation avait violé la *Loi*.

La commission d’enquête n’avait pas compétence pour ordonner au ministère de l’Éducation de se conformer à certaines exigences simplement parce qu’il avait été désigné partie à l’enquête.

Il a donc annulé la première clause de l’ordonnance pour le motif qu’elle excédait la compétence de la commission d’enquête. Il a décidé que la seule violation de la *Loi* que l’on reprochait au conseil scolaire était d’avoir continué à employer l’intimé en classe comme enseignant. Il a précisé que l’enquête avait porté sur la question de savoir s’il y avait eu violation de la *Loi* du fait que le conseil scolaire avait continué à employer l’intimé. Il conclut (à la p. 370):

[TRADUCTION] La commission d’enquête n’avait pas compétence pour rendre une ordonnance [la clause 2d)] prescrivant au conseil scolaire de restreindre les activités de Malcolm Ross à l’extérieur de la salle de classe dans le cas où il ne serait plus employé par le conseil scolaire comme enseignant dans la salle de classe.

Le juge Creaghan a affirmé que le premier moyen invoqué pour appuyer l’allégation que la décision de la commission d’enquête et l’ordonnance qui a suivi étaient manifestement déraisonnables était que cette commission n’avait devant elle aucune preuve susceptible d’étayer les conclusions qu’elle devait tirer pour justifier son ordonnance. Il a souligné que la commission d’enquête avait décidé que sa conclusion était étayée par la

measure the findings against a standard of correctness. There was some evidence to support the conclusions of the Board, and he found that clauses 2(a), (b), and (c) of the order were not patently unreasonable.

Creaghan J. then undertook a *Charter* analysis. He concluded that the respondent's rights under ss. 2(a) and 2(b) of the *Charter* had been infringed and then, applying the *Oakes* test, concluded that clauses 2(a), (b) and (c) of the order were saved as a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. Despite his finding with respect to lack of jurisdiction in the Board to make clause 2(d) of the order, he stated he would not have applied s. 1 of the *Charter* to save it. He was not satisfied that the clause would meet the proportionality test, as the rational connection to the objective of s. 5 of the Act was tenuous.

B. *Court of Appeal* (1993), 142 N.B.R. (2d) 1

(1) Hoyt C.J.N.B. (for the majority)

In the Court of Appeal, Hoyt C.J.N.B. (with whom Angers J.A. concurred) held that clauses 2(a), (b) and (c) of the order offended the respondent's rights under ss. 2(a) and 2(b) of the *Charter* because they penalized him by preventing him from continuing to teach because of his publicly expressing his sincerely held views. He defined the issue in the following manner (at p. 16):

The issue is whether an individual's freedom of expression can prevail against the fear that there will be a public perception that Mr. Ross' discriminatory remarks directed against a religious or ethnic minority are being condoned. The discrimination here is aggravated because the minority is one that has been historically targeted for discrimination and because the author of the

preuve. Il a examiné les conclusions de la commission et a affirmé qu'il n'appartenait pas à une cour procédant à un contrôle judiciaire de les apprécier selon la norme de la décision correcte. Il y avait des éléments de preuve qui justifiaient les conclusions de la commission, et il a statué les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance n'étaient pas manifestement déraisonnables.

Le juge Creaghan a ensuite procédé à une analyse fondée sur la *Charte*. Il a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par les al. 2a) et b) de la *Charte* et, après avoir appliqué le critère de l'arrêt *Oakes*, il a décidé que les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance étaient sauvegardées en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*. Malgré qu'il ait conclu que la commission d'enquête n'avait pas compétence pour adopter la clause 2d) de l'ordonnance, il a dit qu'il n'aurait pas invoqué l'article premier de la *Charte* pour la sauvegarder. Il n'était pas convaincu que cette clause satisfaisait au critère de proportionnalité, vu le caractère ténu de son lien rationnel avec l'objectif de l'art. 5 de la Loi.

B. *Cour d'appel* (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 1

(1) Le juge en chef Hoyt (au nom de la cour à la majorité)

En Cour d'appel, le juge en chef Hoyt (avec l'appui du juge Angers) a conclu que les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance portaient atteinte aux droits garantis à l'intimé par les al. 2a) et b) de la *Charte*, parce qu'elles le pénalisaient en l'empêchant de continuer à enseigner en raison des opinions qu'il avait exprimé publiquement et auxquelles il croyait sincèrement. Il définit ainsi la question en litige (à la p. 16):

[TRADUCTION] Il s'agit de déterminer si la liberté d'expression d'une personne peut l'emporter sur la peur que l'on puisse conclure que l'on ferme les yeux sur les remarques discriminatoires de M. Ross dirigées contre une minorité ethnique et religieuse. La discrimination dans le cas présent est plus grave parce que la minorité visée a été tout au long de l'histoire victime de discrimi-

12

13

discrimination is a teacher, who might be considered a role model to students.

nation et parce que l'auteur des remarques discriminatoires est un enseignant, qui pourrait être considéré comme un modèle pour ses élèves.

14

Hoyt C.J.N.B. stated that there was “no doubt that a teacher may be disciplined for off-duty activities” (p. 17). He referred to the decision of this Court in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, and stated that the purpose of the order, removing the respondent from the classroom, must be pressing and substantial before his constitutional guarantee of freedom of expression can be overridden by s. 1 of the *Charter*. Viewed in that context and considering the evidence, he concluded that the order could not stand. He emphasized that it was the respondent’s activities outside the school that attracted the complaint. In such circumstances, he did not find the remedy met a “specific purpose so pressing and substantial” as to override the respondent’s constitutional guarantee of freedom of expression. To find otherwise “would, in [his] view, have the effect of condoning the suppression of views that are not politically popular any given time” (p. 20). The denial of an individual’s freedom of expression should, he stated, be restricted to the clearest of cases and the evidence in this case did not meet that test.

Le juge en chef Hoyt a affirmé qu’il n’y avait [TRADUCTION] «aucun doute qu’un enseignant peut faire l’objet de mesures disciplinaires en raison d’activités exercées après le travail» (p. 17). Renvoyant à l’arrêt de notre Cour *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, il a dit que le but visé par l’ordonnance, savoir le retrait de l’intimé de la salle de classe, doit être urgent et réel au point de pouvoir passer outre, par l’application de l’article premier de la *Charte*, à sa liberté d’expression garantie par la Constitution. Dans ce contexte et compte tenu de la preuve, il a conclu que l’ordonnance ne pouvait être maintenue. Il a souligné que ce sont les activités de l’intimé à l’extérieur de l’école qui ont donné lieu à la plainte. Dans ces circonstances, il n’a pas conclu que la mesure de redressement répondait à un «but précis, urgent et réel» au point de passer outre à la garantie constitutionnelle de liberté d’expression de l’intimé. Toute autre conclusion, à son avis, [TRADUCTION] «aurait pour effet de fermer les yeux sur l’élimination des opinions qui ne sont pas politiquement populaires à un moment donné» (p. 20). Il a ajouté qu’on ne devrait empêcher une personne d’exercer sa liberté d’expression que dans les cas les plus clairs et la preuve, dans la présente affaire, ne remplissait pas cette condition.

(2) Ryan J.A. (dissenting)

(2) Le juge Ryan (dissident)

15

The dissenting judge, Ryan J.A., stated that “a teacher cannot discriminate, in the sense of show bias, inside the classroom or publicly, in such an important area as is this target in the *Human Rights Act* of this province” (pp. 27-28). He added that anti-discrimination was a “laudable goal”, an “important provincial aim”, and stated (at p. 29):

Le juge Ryan, dissident, a affirmé qu’[TRADUCTION] «un enseignant ne peut commettre d’actes discriminatoires, en faisant preuve de parti pris, dans sa classe ou en public, dans un domaine aussi important que celui que vise la *Loi sur les droits de la personne* de la province» (pp. 27 et 28). Soulignant que la non-discrimination était un [TRADUCTION] «objectif louable» et un «but important que s’est fixé la province», il ajoute (à la p. 29):

The right to be free from discrimination is not rooted merely in provincial legislation. It might be said to be quasi-constitutional from a provincial perspective but it is aided by s. 2 itself of the *Charter*. . . . Inherent in the evilness of discrimination is an outright attack on the freedoms of others protected under s. 2 by persons

[TRADUCTION] Le droit de ne pas être victime de discrimination n’est pas uniquement inscrit dans les lois provinciales. On pourrait dire qu’il a un statut quasi constitutionnel d’un point de vue provincial, mais il s’appuie sur l’article 2 de la *Charte* lui-même [. . .] L’attaque en règle contre les libertés garanties par l’article 2

urging their own freedoms as though there were no consequences to the exercise of them.

Therefore, . . . both values must be weighed.

Ryan J.A. would have applied s. 1 of the *Charter* to save clause 2(d) of the order. In his view, severing that part of the order “from the classroom situation simply does not answer the problem in a meaningful way” because it “falls too short of the mark” (p. 31). He emphasized that the wrong was in the continued discrimination the respondent, a public servant and role model to children, publicly promoted. He added that the respondent was known as a teacher whether within or outside the classroom, and that in this age of pervasive mass communication, we cannot underestimate the effect on young people of statements and writings made outside the classroom.

Ryan J.A. expressed the view that the objective of the order, ensuring a discriminatory free environment in the school, was sufficient to limit a *Charter* right or freedom, and that the order was rationally connected with that purpose. The *Human Rights Act* was conciliatory in nature and, as such, well suited to remedy discriminatory conduct.

Ryan J.A. found that “the redeployment order coupled with the restraint order tempers the harshness of an otherwise appropriate order of outright dismissal” (p. 35). A balance had to be struck between the respondent’s freedoms, the victims’ freedoms and an educational system that is based on impartiality and does not espouse prejudice, bigotry or bias. He concluded (at p. 35):

A teacher teaches. He is a role model. He also teaches by example. Children learn by example. Malcolm Ross teaches by example. He is a role model who publishes and promotes prejudice. This is wrong.

In any event, the Board of Inquiry acted within its mandate and determined, in the balancing of conflicting

à laquelle se livrent ceux qui proclament leurs libertés comme si leur exercice n’avait aucune conséquence est inhérente au caractère malveillant de la discrimination.

Par conséquent, [. . .] il faut soupeser ces valeurs.

Le juge Ryan aurait appliqué l’article premier de la *Charte* pour sauvegarder la clause 2d) de l’ordonnance. À son avis, séparer cette partie de l’ordonnance [TRADUCTION] «de la situation dans la classe ne règle tout simplement pas le problème d’une façon significative» parce que cela «ne répond pas à la question» (p. 31). Il a souligné que le mal résidait dans la discrimination que l’intimé, en sa qualité de fonctionnaire et de modèle pour les enfants, encourageait publiquement de façon continue. Il a ajouté que l’intimé était connu comme enseignant, en classe ou non, et qu’à notre époque des grands médias de communication, on ne saurait sous-estimer l’effet sur les jeunes des déclarations et des écrits faits à l’extérieur des salles de classe.

Le juge Ryan a exprimé l’avis que l’objectif de l’ordonnance, qui est de garantir un environnement exempt de toute discrimination à l’école, était suffisant pour limiter un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et qu’il y avait un lien rationnel entre l’ordonnance et cet objectif. La *Loi sur les droits de la personne* est de nature à promouvoir la conciliation et est donc bien adaptée au redressement d’un comportement discriminatoire.

Selon le juge Ryan, [TRADUCTION] «l’ordonnance de réaffectation ajoutée à l’interdiction de publication limitent la sévérité qu’aurait une autre ordonnance tout aussi justifiée de renvoi pur et simple» (p. 35). Il fallait trouver un équilibre entre les libertés de l’intimé, celles des victimes et un système d’éducation qui est fondé sur l’impartialité et qui désapprouve les préjugés, le fanatisme et les partis pris. Il conclut ceci (à la p. 35):

[TRADUCTION] L’enseignant enseigne. C’est un modèle. Il enseigne aussi par son exemple. Les enfants apprennent par l’exemple. Malcolm Ross enseigne par son exemple. C’est un modèle qui, par ses publications, encourage les préjugés. Tout cela est mauvais.

De toute façon, la commission d’enquête a agi dans la limite de son mandat et, pour trancher entre les intérêts

16

17

18

interests, to protect and improve the conditions and interests of the disadvantaged and disempowered.

19

The rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, he continued, had to be measured against the underlying values and principles of a free and democratic society such as “the inherent dignity of the human being, commitment to social justice and equality and respect for cultural and group identity” (p. 36). To affirm the respondent’s unrestrained freedom of expression and of religion would, in his view, be to trample upon these underlying values and principles, which themselves have been entrenched under the *Charter* and in international law (at p. 36). The respondent, he noted, was free to leave his public employment and exercise his freedom of expression and of religion without restraint. He added that the restriction placed on his freedoms by the order is not absolute, and concluded that the order was a justified infringement, the primary goal of which was to remedy the effects of discrimination.

III. Issues

20

Two broad issues are raised in this appeal. The first concerns whether the Board of Inquiry erred in finding that the School Board, in continuing to employ the respondent as a teacher, discriminated under s. 5(1) of the Act. The second issue is whether the Board of Inquiry’s order directing that the School Board remove the respondent from a teaching position infringes ss. 2(a) and 2(b) of the *Charter* and whether it is saved by s. 1 thereof. Before proceeding to an analysis of these issues, however, I propose to dispose of a number of issues raised by the parties having to do with the appropriate standard of review this Court should adopt in these proceedings.

A. *Judicial Review: Administrative Law Standard and Charter Standard*

21

The appellant Attis’ submissions in this appeal focused almost exclusively on the constitutionality of the Board’s order. The Human Rights Commission, however, further submitted that the Court of Appeal erred in leaving undisturbed the judgment

contradictoires, a décidé de protéger les désavantagés et de promouvoir leurs intérêts.

Les droits et libertés garantis par la *Charte*, a-t-il poursuivi, se mesurent à l’aune des valeurs et des principes sous-jacents d’une société libre et démocratique, dont [TRADUCTION] «la dignité inhérente de l’être humain, un engagement envers la justice sociale et l’égalité et le respect envers l’identité culturelle de tous les groupes» (p. 36). Confirmer que l’intimé possède une liberté d’expression et de religion sans réserve reviendrait, à son avis, à piétiner ces valeurs et principes sous-jacents qui sont reconnus par la *Charte* et le droit international (à la p. 36). L’intimé, a-t-il fait remarquer, était libre de quitter son emploi de fonctionnaire et d’exercer sa liberté d’expression et de religion sans restriction. Ajoutant que la restriction que l’ordonnance impose à ses libertés n’est pas absolue, il a conclu que cette ordonnance était une atteinte justifiée, dont le but premier était de remédier aux conséquences de la discrimination.

III. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux grandes questions. La première est de savoir si la commission d’enquête a commis une erreur en concluant que le conseil scolaire, en continuant d’employer l’intimé à titre d’enseignant, a fait preuve de discrimination au sens du par. 5(1) de la Loi. La deuxième est de savoir si l’ordonnance de la commission d’enquête enjoignant au conseil scolaire de retirer à l’intimé son poste d’enseignant contrevient aux al. 2a) et b) de la *Charte* et si elle est sauvegardée par l’article premier. Toutefois, avant d’analyser ces questions, je me propose de trancher un certain nombre de points soulevés par les parties quant à la norme de contrôle que notre Cour devrait adopter dans la présente instance.

A. *Contrôle judiciaire: norme de droit administratif et norme dictée par la Charte*

Les moyens que fait valoir l’appellant Attis dans le présent pourvoi portent presque exclusivement sur la constitutionnalité de l’ordonnance de la commission d’enquête. Toutefois, la Commission des droits de la personne soutient en outre que la

of the court of first instance quashing clause 2(d) of the order as in excess of jurisdiction. This submission is founded upon the standard of curial review appropriate for a court reviewing a tribunal's findings in the administrative law context.

The respondent's submissions on this point involve a constitutional and an administrative law component. With respect to the administrative law component, he submitted that there was insufficient evidence upon which to base a finding of discrimination under s. 5 of the Act, and thereby urged this Court to review the Board of Inquiry's finding on this point. He further submitted that the order granted to remedy the alleged discrimination is unconstitutional. Thus, this appeal raises two general issues in relation to the standard of judicial review. The first relates to the administrative law issue of the standard of deference to be applied to findings of an administrative tribunal, in this case the Board's finding of discrimination and its remedial order. The second issue relates to the standard of constitutional review to be applied to the Board's order. I have found it appropriate to bifurcate the analysis according to these two general questions, in light of the different standards of appellate review mandated in the administrative law, and in the constitutional context.

In the administrative law context, I am guided by this Court's unanimous decision in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. In that case, Iacobucci J. stated that the central question to be asked in ascertaining the appropriate standard of review is "to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal" (pp. 589-90). In answering this question, he found that courts have looked at a whole host of factors, including the tribunal's role or function, the existence of a privative clause and whether the question goes to the jurisdiction of the tribunal. He

Cour d'appel a commis une erreur en ne modifiant pas le jugement de la cour de première instance qui a annulé la clause 2d) de l'ordonnance pour cause d'excès de compétence. Cet argument se fonde sur la norme de retenue judiciaire que doit appliquer une cour de justice en examinant les conclusions d'un tribunal administratif.

Les prétentions de l'intimé à cet égard comportent un volet «droit constitutionnel» et un volet «droit administratif». En ce qui concerne le volet «droit administratif», l'intimé a soutenu que la preuve n'était pas suffisante pour pouvoir conclure à l'existence de discrimination au sens de l'art. 5 de la Loi, et il a invité notre Cour à examiner la conclusion de la commission d'enquête sur ce point. Il a également soutenu que l'ordonnance rendue pour remédier à la prétendue discrimination est inconstitutionnelle. Le présent pourvoi soulève donc deux questions générales relatives à la norme de contrôle judiciaire. La première est la question, relevant du droit administratif, de la norme de retenue à appliquer aux conclusions d'un tribunal administratif, en l'espèce la conclusion de la commission d'enquête à l'existence de discrimination, et l'ordonnance réparatrice qu'elle a rendue. La seconde question est celle de la norme de contrôle constitutionnel qui doit être appliquée à l'ordonnance de la commission. J'ai jugé utile de scinder ainsi l'analyse, compte tenu des différentes normes de contrôle en appel que commandent le droit administratif et le contexte constitutionnel.

Dans le contexte du droit administratif, l'arrêt unanime de notre Cour *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, me sert de guide. Dans cette affaire, le juge Iacobucci a dit que, dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout «déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré compétence au tribunal administratif» (pp. 589 et 590). Il a conclu que, pour répondre à cette question, les tribunaux ont examiné toute une gamme de facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal, l'existence d'une clause privative et le point de savoir si la question touche

identified a spectrum of applicable standards of review in the following passage, at pp. 590-91:

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1089 (*Bibeault*), and *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756.

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights. See for example *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353.

24

The Court in *Pezim* concluded that the case there fell somewhere between these two extremes. In the area of human rights, however, Iacobucci J. noted that the degree of deference to be accorded was at the lower end of the spectrum. This had earlier been established by the cases there cited. *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, provides a clear example. There, speaking for the majority on this point, I discussed

la compétence du tribunal concerné. Dans le passage suivant, tiré des pp. 590 et 591, il décrit une gamme de normes de contrôle applicables:

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi. Voir les arrêts *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1089 (*Bibeault*), et *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne. Voir les arrêts *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

Dans l'arrêt *Pezim*, la Cour a conclu que l'affaire se situait quelque part entre ces deux extrêmes. Le juge Iacobucci a toutefois fait observer que, dans cette gamme, le domaine des droits de la personne se situait là où le moins de retenue est requis. Cela avait déjà été établi dans la jurisprudence citée dans cet arrêt, dont un bon exemple est l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Dans ce dernier arrêt,

the deference the courts should show to administrative tribunals on the basis of their relative expertise. In observing that human rights tribunals are not analogous to labour tribunals, I stated, at p. 585:

A labour arbitrator operates, under legislation, in a narrowly restricted field, and is selected by the parties to arbitrate a difference between them under a collective agreement the parties have voluntarily entered. As well, the arbitrator's jurisdiction under the statute extends to the determination of whether a matter is arbitrable. This is entirely different from the situation of a human rights tribunal, whose decision is imposed on the parties and has direct influence on society at large in relation to basic social values.

On the basis of this difference between human rights tribunals and labour tribunals, the Court confined the superior expertise of a human rights tribunal to fact-finding and adjudication in a human rights context. The standard of review on the basis of reasonableness is applicable to these matters. In relation to general questions of law, courts must be supposed to be competent, and a standard of correctness is appropriate.

There is an additional element in this case, however, owing to the fact that the Board of Inquiry in this appeal was constituted under the New Brunswick *Human Rights Act*, s. 21(1) of which stipulates:

21(1) All orders and decisions of a Board of Inquiry are final and shall be made in writing, together with a written statement of the reasons therefor, and copies of all such orders, decisions and statements shall be provided to the parties and to the Minister.

Creaghan J. found this provision to constitute a privative clause and held that a standard of patent unreasonableness was to be applied by a reviewing court, and this position is supported by the Commission.

m'exprimant au nom de la Cour à la majorité sur ce point, j'ai parlé de la retenue dont les cours de justice devraient faire preuve envers les tribunaux administratifs en raison de leur expertise relative. Soulignant qu'un tribunal des droits de la personne n'est pas analogue à un tribunal du travail, j'affirme ceci, à la p. 585:

En effet, [l'arbitre en relations du travail] œuvre, en vertu d'une loi, dans un domaine fort restreint, et il est choisi par les parties pour arbitrer un différend entre elles en vertu d'une convention collective qu'elles ont volontairement signée. En outre, la compétence d'un conseil d'arbitrage en vertu de la loi s'étend à la question de savoir si une question est arbitrable. Ce qui est tout à fait différent de la situation d'un tribunal des droits de la personne, dont la décision est imposée aux parties et a une incidence directe sur l'ensemble de la société relativement à ses valeurs fondamentales.

Vu cette différence entre tribunaux des droits de la personne et tribunaux du travail, la Cour a limité l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne à l'appréciation des faits et aux décisions dans un contexte de droits de la personne. À cet égard, la norme de contrôle applicable est celle fondée sur le caractère raisonnable. En ce qui concerne les questions générales de droit, elles sont censées relever de la compétence des cours de justice, et la norme qu'il convient d'appliquer est celle de la décision correcte.

Le présent pourvoi comporte toutefois un élément additionnel, étant donné que la commission d'enquête en l'espèce a été constituée sous le régime de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, dont le par. 21(1) prévoit:

21(1) Toute ordonnance ou décision d'une commission d'enquête est définitive et doit être consignée par écrit accompagnée d'un compte-rendu écrit énonçant les motifs d'une telle ordonnance ou décision. Des copies de telles ordonnances, décision et de tels comptes-rendus doivent être fournies aux parties ainsi qu'au Ministre.

Le juge Creaghan a décidé que cette disposition constituait une clause privative et que la cour qui effectue le contrôle devait appliquer la norme du caractère manifestement déraisonnable. La Commission des droits de la personne souscrit à cette position.

26

I had occasion in *Mossop* to discuss the effect of the existence of a privative clause in the tribunal's constituent legislation. The presence of a privative clause discloses the legislative intention to restrict judicial review of the administrative tribunal. The jurisprudence of this Court has established that privative clauses indicate an intention on the part of the legislature to shield from review. However, there are privative clauses and privative clauses, and the extent to which the legislature intends to afford protection from review is a function of the language of the clause, the nature of the legislation and the expertise of the tribunal in question.

27

The foregoing can be illustrated by an examination of *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230. In that case, the Court considered the privative effect of a clause providing that the decision of a labour arbitration tribunal was "final and binding upon the parties". That case involved a determination of whether an arbitrator making an inquiry into whether a matter is arbitrable is permitted to be wrong. In essence, this Court sought to define the appropriate standard of review. Adopting a pragmatic and functional analysis, the majority concluded that the provision had limited privative effect, but on the type of specific issue in question, which involved a general question of law, the arbitrator had to be correct. More important than the actual wording of the provision was the degree of relative expertise possessed by the tribunal over the particular specialized questions. The purpose of arbitration was a relevant factor in the analysis in that case. This factor, I identified as constituting an amalgamation of other factors including the purpose of the statute, the reason for the tribunal's existence, the expertise of its members, and the nature of the problem before it.

28

Applying a similar analysis to the present case, I find that s. 21(1) of the Act imports limited privative effect only. The driving considerations for such a determination are the purpose of human rights tribunals and their relative expertise. As I noted in *Mossop*, the purpose of human rights commissions is multifaceted, in that they serve a

Dans l'arrêt *Mossop*, j'ai analysé l'effet de l'existence d'une clause privative dans la loi constitutive d'un tribunal administratif. La présence d'une telle clause reflète l'intention du législateur de limiter le contrôle judiciaire du tribunal administratif. La jurisprudence de notre Cour établit que les clauses privatives indiquent une intention du législateur d'accorder une protection contre le contrôle judiciaire. Toutefois, il y a clause privative et clause privative, et la mesure dans laquelle le législateur entend protéger contre le contrôle judiciaire est fonction du texte de la clause, de la nature de la mesure législative et de l'expertise du tribunal en cause.

L'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, illustre ce qui précède. Dans cet arrêt, la Cour a examiné l'effet privatif d'une clause prévoyant que la décision d'un tribunal des relations de travail «a force de chose jugée et lie les parties». Il s'agissait notamment de déterminer si, dans son examen du caractère arbitral d'une question, un arbitre a le droit de se tromper. Notre Cour a cherché essentiellement à définir la norme de contrôle appropriée. Adoptant une analyse pragmatique et fonctionnelle, les juges formant la majorité ont conclu que la disposition avait un effet privatif limité, mais que sur le genre de question en cause, qui soulevait une question générale de droit, l'arbitre ne devait pas commettre d'erreur. Le degré d'expertise relative du tribunal quant aux questions spécialisées qui étaient soulevées était plus important que le texte même de la disposition. L'objet de l'arbitrage était un facteur pertinent dans l'analyse effectuée dans cette affaire. Ce facteur, ai-je expliqué, constitue un mélange d'autres facteurs, dont l'objet de la loi en cause, la raison d'être du tribunal, l'expertise de ses membres et la nature du problème dont il est saisi.

Après avoir effectué une analyse similaire en l'espèce, je conclus que le par. 21(1) de la Loi n'a qu'un effet privatif limité. Les considérations déterminantes à cet égard sont l'objet des tribunaux des droits de la personne et leur expertise relative. Comme je l'ai souligné dans *Mossop*, l'objet d'un tribunal des droits de la personne com-

general educational role to the government, the public and the courts on matters of human rights, provide for investigation and settlement of human rights complaints and act in an adjudicative capacity to settle particular disputes. The expertise of the tribunals appointed under their aegis is limited to fact-finding and adjudication in human rights matters. In the process of performing its adjudicative function, a human rights tribunal will be called on to apply general legal reasoning and statutory interpretation, matters which are ultimately within the province of the judiciary.

That having been said, I do not think the fact-finding expertise of human rights tribunals should be restrictively interpreted, and it must be assessed against the backdrop of the particular decision the tribunal is called upon to make. Here, inquiry into the appropriate standard of review is largely governed by the fact that the administrative law issue raised calls upon this Court to consider whether the finding of discrimination by the Board of Inquiry was beyond its jurisdiction. A finding of discrimination is impregnated with facts, facts which the Board of Inquiry is in the best position to evaluate. The Board heard considerable evidence relating to the allegation of discrimination and was required to assess the credibility of the witnesses' evidence and draw inferences from the factual evidence presented to it in making a determination as to the existence of discrimination. Given the complexity of the evidentiary inferences made on the basis of the facts before the Board, it is appropriate to exercise a relative degree of deference to the finding of discrimination, in light of the Board's superior expertise in fact-finding, a conclusion supported by the existence of words importing a limited private effect into the constituent legislation.

The administrative law issue also involves a challenge to the order granted by the Board pursuant to its finding of discrimination. On strict

porte de multiples facettes du fait qu'il joue un rôle général de sensibilisation auprès du gouvernement, du public et des cours de justice dans le domaine des droits de la personne, qu'il veille à ce que les plaintes en matière de droits de la personne fassent l'objet d'une enquête et d'un règlement, et que, en sa qualité d'organisme décisionnel, il prend les mesures nécessaires pour régler des différends. L'expertise des tribunaux administratifs constitués sous leur égide est limitée à l'appréciation des faits et aux décisions dans un contexte de droits de la personne. Dans l'exercice de son rôle décisionnel, le tribunal des droits de la personne sera appelé à adopter un raisonnement juridique général et à interpréter des lois, ce qui relève en dernière analyse de la compétence des cours de justice.

Cela dit, je ne crois pas qu'il y ait lieu d'interpréter restrictivement l'expertise des tribunaux des droits de la personne en matière d'appréciation des faits, et qu'il faille l'apprécier en fonction des décisions qu'ils sont appelés à rendre. En l'espèce, la recherche de la norme de contrôle appropriée est largement régie par le fait que la question de droit administratif soulevée oblige notre Cour à déterminer si la commission d'enquête a excédé sa compétence en concluant à l'existence de discrimination. Une conclusion à l'existence de discrimination repose essentiellement sur des faits que la commission d'enquête est la mieux placée pour évaluer. La commission a entendu un nombre considérable de témoignages sur l'allégation de discrimination et a dû apprécier la crédibilité des témoins et faire des déductions, à partir de la preuve factuelle qui lui était soumise, pour statuer sur l'existence de discrimination. Étant donné la complexité des déductions probatoires découlant des faits présentés à la commission d'enquête, il convient de faire preuve d'une certaine retenue envers la conclusion à l'existence de discrimination, vu l'expertise supérieure de la commission d'enquête en matière d'appréciation des faits, laquelle conclusion est étayée par la présence de mots qui confèrent à la loi constituante un effet privatif limité.

La question de droit administratif met également en cause l'ordonnance qu'a rendue la commission d'enquête après avoir conclu à l'existence de dis-

administrative law considerations, the Board, by s. 20(6.2) of the New Brunswick Act, is granted very broad discretion to make orders pursuant to a finding of a violation of the Act. However, the issue is more complicated than that in this case. In considering the applicable standard of review to the Board's order, it is incumbent upon this Court to examine the relationship between the administrative law standard and the standard dictated by the *Charter*, recalling that the respondent has challenged the constitutionality of the order.

31 The precise relationship between the standard of review in the administrative law context and that to be applied under the *Charter* was considered in this Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. Speaking for the Court on this point, Lamer J., as he then was, stated that it was not open to question that the order of an administrative tribunal was subject to the application of the *Charter*. The administrative tribunal is a creature of statute, appointed pursuant to a legislative provision, and deriving its power from statute. Where the administrative tribunal is constituted pursuant to legislation conferring discretion, the discretion conferred must not include the power to infringe the *Charter*, unless that power is expressly conferred or necessarily implied. In the result, an administrative tribunal acting pursuant to its delegated powers exceeds its jurisdiction if it makes an order that infringes the *Charter*.

32 In *Slaight Communications*, Dickson C.J. did not enter into a searching examination of the relationship between the administrative law standard of review and the new constitutional standard of review under the *Charter*. He wisely noted that the relationship between these standards would need to be worked out in future cases and simply confined himself to a few comments. From these comments, it is evident that he saw no need for an administrative law review of values that had been dealt with pursuant to a *Charter* examination under s. 1. It would seem obvious that a review of these values

crimination. Du strict point de vue du droit administratif, la commission d'enquête est investie, en vertu du par. 20(6.2) de la loi du Nouveau-Brunswick, d'un très large pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances après être parvenue à la conclusion qu'il y a eu violation de la Loi. La question est cependant plus complexe en l'espèce. Dans la recherche de la norme de contrôle applicable à l'ordonnance de la commission d'enquête, il incombe à notre Cour d'examiner le lien entre la norme de droit administratif et la norme dictée par la *Charte*, en se rappelant que l'intimé a contesté la constitutionnalité de l'ordonnance.

Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, notre Cour a examiné le lien précis entre la norme de contrôle en droit administratif et celle applicable en vertu de la *Charte*. S'exprimant au nom de la Cour sur ce point, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a dit qu'il ne faisait aucun doute que l'ordonnance d'un tribunal administratif était soumise à l'application de la *Charte*. Le tribunal administratif est une créature de la loi, il est constitué conformément à une disposition législative et il tire son pouvoir de la loi. Lorsque le tribunal administratif est constitué conformément à une disposition législative qui confère un pouvoir discrétionnaire, ce pouvoir discrétionnaire ne doit pas inclure le pouvoir de violer la *Charte*, à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. En définitive, un tribunal administratif qui agit conformément aux pouvoirs qui lui ont été délégués excède sa compétence s'il rend une ordonnance qui contrevient à la *Charte*.

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, le juge en chef Dickson ne s'est pas lancé dans une recherche du lien entre la norme de contrôle en droit administratif et la nouvelle norme constitutionnelle de contrôle en vertu de la *Charte*. Il a judicieusement fait remarquer que le lien entre ces deux normes devrait être démontré dans des affaires ultérieures et il s'est simplement contenté de faire quelques commentaires. Il ressort de ces commentaires qu'il ne voyait pas la nécessité de procéder à un examen, selon une norme de droit administratif, de valeurs qui avaient fait l'objet d'un examen fondé

on an administrative law standard should not impose a more onerous standard upon government than under the *Charter* review. However, the administrative law standard and the *Charter* standard are not conflated into one. When the issues involved are untouched by the *Charter*, the appropriate administrative law standard is properly applied as a standard of review. In the present case, where the values invoked are *Charter* values, if the order is found to pass the s. 1 analysis, then I am quite unable to see how it could be patently unreasonable on the basis of these same values. Conversely, if at the conclusion of the value analysis under s. 1 the Court holds the order unconstitutional, then its acceptability according to an administrative law standard is no longer relevant, the Board's jurisdiction having necessarily been exceeded. As Dickson C.J. noted, the more sophisticated and structured analysis of s. 1 is the proper framework within which to review *Charter* values. I shall consider the constitutionality of the Board's order later.

What requires examination at the administrative law level is the Board's decision regarding the issue of discrimination and the statutory jurisdiction of the Board to make its order. These reviews are untouched by the *Charter*. Rather, they must be determined in accordance with the interpretation of the provisions of the Act governing the Board's jurisdiction. The authority of the Board to determine the issue of discrimination is found in s. 20(1). Its findings are largely based on facts, about which this Court in *Mossop* has stated, human rights boards have a relative expertise, a consideration that may be strengthened by s. 21(1) of the Act. The issue of discrimination will be given detailed attention shortly. So far as the power of the Board to make the impugned order is concerned, it is enough to say that the Board's discretionary power is set forth in s. 20(6.2) of the Act in such broad terms that it cannot be said to

sur l'article premier de la *Charte*. Il semblerait évident qu'un examen de ces valeurs selon une norme de droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus stricte que ne le ferait un examen fondé sur la *Charte*. Cependant, la norme de droit administratif et celle dictée par la *Charte* ne sont pas fondues en une seule norme. Lorsque les questions en litige ne sont pas touchées par la *Charte*, la norme de contrôle appropriée est celle du droit administratif. Dans le présent pourvoi où les valeurs invoquées sont des valeurs protégées par la *Charte*, si on conclut que l'ordonnance satisfait aux exigences de l'article premier, je ne vois guère comment elle pourrait être manifestement déraisonnable selon ces mêmes valeurs. À l'inverse, si au terme de l'analyse des valeurs en vertu de l'article premier, l'ordonnance est jugée inconstitutionnelle par la Cour, son acceptabilité suivant une norme de droit administratif n'est plus alors pertinente puisqu'il y a nécessairement eu excès de compétence de la commission d'enquête. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson, l'analyse mieux structurée et plus subtile qui est fondée sur l'article premier constitue le cadre approprié pour l'examen des valeurs protégées par la *Charte*. Je vais examiner, plus loin, la constitutionnalité de l'ordonnance de la commission d'enquête.

Ce qui doit être examiné au niveau du droit administratif, c'est la décision de la commission d'enquête concernant la question de la discrimination et la compétence que cette commission possédait, en vertu de la Loi, pour rendre son ordonnance. L'examen de ces questions n'est pas touché par la *Charte*. Elles doivent plutôt être tranchées conformément à l'interprétation des dispositions de la loi qui régit la compétence de la commission d'enquête. C'est le par. 20(1) qui confère à cette commission le pouvoir de trancher la question de la discrimination. Ses conclusions reposent largement sur des faits au sujet desquels, au dire de notre Cour dans l'arrêt *Mossop*, les tribunaux des droits de la personne ont une expertise relative, un facteur qui peut être renforcé par le par. 21(1) de la Loi. La question de la discrimination sera examinée en détail sous peu. Quant au pouvoir de la commission d'enquête de rendre l'ordonnance

fall outside its jurisdiction. Indeed, s. 20(6.2)(a) and (b) authorize the Board to make any order to effect compliance with the Act or to rectify the harm caused by a violation of the Act. The order must, of course, be based on a full consideration of the facts. Here again the Board is entitled to deference in respect of its factual findings. There can be no doubt that, apart from the *Charter* issues, and assuming a violation of the Act, the order fell within the jurisdiction of the Board. I shall turn then to a detailed discussion of the issue of discrimination.

B. *Discrimination*

34

In light of the foregoing, it is important to approach with deference the findings of fact made by the Board in the course of determining whether there was discrimination on the part of the School Board. Bearing this in mind, the argument of the appellant Attis is essentially this: the Board was correct in finding that the respondent's continued employment as a teacher constituted discrimination under s. 5(1) of the New Brunswick *Human Rights Act*. The finding of discrimination, he continues, was made in light of the respondent's off-duty conduct, which poisoned the educational environment at the school and created an environment in which Jewish students were forced to confront racist sentiment. His continued employment signalled the School Board's toleration of his anti-Semitic conduct and compromised its ability to provide discrimination-free educational services.

contestée, il suffit de dire que son pouvoir discrétionnaire est énoncé de manière si générale, au par. 20(6.2) de la Loi, qu'on ne saurait dire qu'il excède la compétence de cette commission. En fait, les al. 20(6.2)a) et b) autorisent la commission d'enquête à rendre toute ordonnance requise pour assurer le respect de la Loi ou pour remédier au préjudice résultant d'une violation de la Loi. Il va sans dire que l'ordonnance doit reposer sur un examen complet des faits. Ici encore, la commission d'enquête a droit à ce que l'on fasse preuve de retenue envers ses conclusions de fait. Il ne saurait y avoir de doute que, indépendamment des questions relatives à la *Charte* et en supposant qu'il y a eu violation de la Loi, l'ordonnance relevait de la compétence de la commission d'enquête. Je vais donc passer à une analyse détaillée de la question de la discrimination.

B. *Discrimination*

Compte tenu de ce qui précède, il importe de faire preuve de retenue en abordant les conclusions de fait auxquelles est parvenue la commission d'enquête en cherchant à établir s'il y avait eu discrimination de la part du conseil scolaire. Cela dit, l'argument de l'appelant Attis est essentiellement le suivant: la commission d'enquête a conclu à juste titre que le fait de continuer à employer l'intimé comme enseignant constituait de la discrimination au sens du par. 5(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick. La conclusion à l'existence de discrimination, poursuit-il, a été tirée en fonction du comportement de l'intimé en dehors de ses heures de travail, lequel comportement a empoisonné le climat à l'école et a créé un milieu dans lequel les élèves juifs étaient confrontés à des sentiments racistes. En continuant d'employer l'intimé, le conseil scolaire a manifesté sa tolérance à l'égard de son comportement antisémite, compromettant ainsi sa capacité de fournir des services éducatifs exempts de toute discrimination.

35

Section 5(1)(b) of the Act provides:

L'alinéa 5(1)b) de la Loi se lit ainsi:

5(1) No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by the interposition of another, shall

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any accommodation, services or facilities available to the public,

because of race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation or sex.

The Board of Inquiry found that s. 5 guarantees individuals freedom from discrimination in educational services available to the public. In this respect, the Board stated (at p. 60):

The [educational] services provided in an educational facility are there for the general purpose of educating students. Education of students must be viewed in the broad context of including not only the formal curriculum but the more informal aspects of education that come through interchange and participation in the whole school environment. This would be in keeping with the broad purposive approach taken to the interpretation of human rights legislation. Section 5 requires that these services be available to all students without discrimination on the basis of religion and ancestry, amongst other grounds.

Thus the Board found that s. 5 “attempts to create a learning environment which is as free from discriminatory effects as is reasonably possible given the influence of factors beyond the control of those administering the educational system” (pp. 61-62). It concluded that the School Board had discriminated against the appellant Attis contrary to s. 5(1) of the Act, on the basis that the effect of its continued employment of the respondent created a discriminatory effect, one that a reasonable person would anticipate from the School Board’s failure to address the conduct of the respondent in a meaningful way.

The respondent does not contest the Board’s findings in relation to his off-duty conduct and

5(1) Nul ne doit, directement ou indirectement, seul ou avec un autre, personnellement ou par l’intermédiaire d’une autre personne,

b) faire preuve de discrimination envers une personne ou une catégorie de personnes quant au logement, aux services et aux commodités disponibles au public,

pour des raisons de race, de couleur, de croyance, d’origine nationale, d’ascendance, de lieu d’origine, d’âge, d’incapacité physique, d’incapacité mentale, d’état matrimonial, d’orientation sexuelle ou de sexe.

La commission d’enquête a conclu que l’art. 5 garantit aux particuliers le droit de ne pas faire l’objet de discrimination dans les services éducatifs offerts au public. À cet égard, elle affirme ceci (à la p. 60):

[TRADUCTION] Les services [éducatifs] assurés dans un établissement d’enseignement sont destinés au but général d’éduquer les élèves. L’éducation des élèves doit être considérée dans le contexte général comprenant non seulement le programme scolaire formel, mais aussi les aspects plus informels de l’éducation qui résultent des interactions et de la participation dans l’ensemble du milieu scolaire. Cela serait compatible avec la méthode d’interprétation large fondée sur l’objet adoptée dans l’interprétation des lois sur les droits de la personne. L’article 5 exige que ces services soient offerts à tous les élèves sans discrimination fondée sur la croyance et l’ascendance, entre autres motifs.

La commission d’enquête a ainsi statué que l’art. 5 [TRADUCTION] «tente de créer un milieu d’apprentissage qui soit exempt d’effets discriminatoires comme on peut raisonnablement le faire compte tenu de l’influence des facteurs indépendants de la volonté des administrateurs du système d’éducation» (pp. 61 et 62). Elle a conclu que le conseil scolaire avait fait preuve, envers l’appelant Attis, de discrimination au sens du par. 5(1) de la Loi. Cette conclusion s’appuyait sur l’effet discriminatoire qui résultait du maintien de l’intimé dans son poste et qui, pour une personne raisonnable, était une conséquence prévisible de l’omission du conseil scolaire de s’occuper de manière significative de la conduite de l’intimé.

L’intimé ne conteste ni la conclusion de la commission d’enquête quant à son comportement après

publications, or in relation to anti-Semitic incidents in the School District. His point is that there is no direct evidence linking these two findings. I am unable to agree with this contention. For the following reasons, I am of the view that the finding of discrimination against the School Board must stand.

le travail et à ses publications, ni celle relative aux incidents antisémites survenus dans le district scolaire. D'après lui toutefois, aucune preuve directe ne relie ces deux conclusions. Je ne puis souscrire à cette prétention. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la conclusion que le conseil scolaire a fait preuve de discrimination doit être maintenue.

38

The Board of Inquiry heard evidence of the nature of the respondent's writings, publications and statements, which include a letter to the editor of *The Miramichi Leader*, a local television program interview, and the four books or pamphlets listed in the order. The Board found, without hesitation, that these publications contain *prima facie* discriminatory comments against persons of Jewish faith and ancestry. Their effect, in its view, was to denigrate the faith and beliefs of Jews and to incite in Christians contempt for those of the Jewish faith by their assertion that they seek to undermine freedom, democracy and Christian beliefs and values. The Board further found that the respondent's comments speak of Jews as the synagogue of Satan, and accuse Judaism of teaching that "... Jesus Christ is a bastard, a lewd deceiver, a false prophet who is burning in Hell" and that the Virgin Mary is a whore. The respondent was also found to have continuously alleged that the Christian faith and way of life are under attack as a result of an international conspiracy headed by Jews. The Board characterized his primary purpose as being "to attack the truthfulness, integrity, dignity and motives of Jewish persons" (p. 73). It also made a finding of fact as to the respondent's notoriety in the community of Moncton, and that continued media coverage of his statements and writings over an extended period contributed to his views having gained notoriety in the community and beyond. Given that these findings are findings of fact supported by the evidence, they are entitled to deference by this Court upon review, in light of the relative expertise of the Board in relation to the

La commission d'enquête a entendu des témoignages concernant la nature des écrits, publications et déclarations de l'intimé, dont une lettre à la rédaction du journal *The Miramichi Leader*, une entrevue accordée à une station locale de télévision ainsi que les quatre livres ou brochures mentionnés dans l'ordonnance. C'est sans hésitation qu'elle a conclu que ces publications contenaient des remarques discriminatoires à première vue à l'égard des personnes de religion et d'ascendance juives. À son avis, elles avaient pour effet de dénigrer la foi et les croyances des Juifs et d'inviter les chrétiens à mépriser les Juifs en affirmant qu'ils cherchent à saper la liberté, la démocratie ainsi que les croyances et valeurs chrétiennes. La commission d'enquête a, en outre, statué que, dans ses remarques, l'intimé dit que les Juifs sont la synagogue de Satan et accuse le judaïsme d'enseigner que [TRADUCTION] «Jésus-Christ est un bâtard, un menteur aux mauvaises mœurs, un faux prophète qui brûle en enfer» et que la Vierge Marie est une prostituée. Elle a aussi conclu que l'intimé n'avait cessé de prétendre que la foi et le mode de vie chrétiens étaient menacés par un complot international dirigé par des Juifs. Selon la commission, l'objectif premier de l'intimé était [TRADUCTION] «d'attaquer la sincérité, l'intégrité, la dignité et les motifs des Juifs» (p. 73). La commission a tiré une conclusion de fait concernant sa notoriété dans la collectivité de Moncton et a statué que la couverture médiatique suivie dont ont bénéficié ses déclarations et ses écrits pendant une longue période avait contribué à répandre ses idées au-delà de cette collectivité. Vu que ces conclusions sont des conclusions de fait étayées par la preuve, elles méritent que notre Cour, au moment de les examiner, fasse preuve de retenue à leur égard compte tenu de l'expertise relative de la commission

art of fact-finding in a human rights context, and I accept them.

On the basis of the factual evidence disclosing the substance of the respondent's off-duty conduct, and the notoriety of this conduct in the community and beyond, the Board considered how such conduct impacted upon the respondent's teaching ability. In concluding that conduct of the type evinced by the facts of this case may undermine the capacity of a teacher to fulfil his or her position, the Board noted (at pp. 67-68):

In the case of the teacher who has proclaimed the discriminatory views publicly the effect may adversely impact on the school community. It may raise fears and concerns of potential misconduct by the teacher in the classroom and, more importantly, it may be seen as a signal that others view these prejudicial views as acceptable. It may lead to a loss of dignity and self-esteem by those in the school community belonging to the minority group against whom the teacher is prejudiced.

The *Act* does not prohibit a person from thinking or holding prejudicial views. The *Act*, however, may affect the right of that person to be a teacher when those views are publicly expressed in a manner that impacts on the school community or if those views influence the treatment of students in the classroom by the teacher.

Whether the respondent's conduct did in fact adversely impact on the school community must be answered on the basis of the actual environment in the school as established by the evidence. The Board heard evidence from two students in the School Board, whom it found to be credible witnesses. The students described in detail the educational community in the school district. They gave evidence of repeated and continual harassment in the form of derogatory name calling of Jewish students, carving of swastikas by other students into their own arms and into the desks of Jewish children, drawing of swastikas on blackboards, and general intimidation of Jewish students. The appellant's daughter, Yona Attis, one of the student wit-

d'enquête en ce qui touche l'art d'apprécier les faits en matière de droits de la personne, et je les accepte.

Se fondant sur la preuve factuelle qui révèle l'essence du comportement de l'intimé après son travail et sa notoriété dans la communauté et au-delà, la commission d'enquête a examiné l'incidence de ce comportement sur son aptitude à enseigner. Concluant qu'un comportement comme celui qui ressort des faits de la présente affaire peut miner la capacité d'un enseignant de remplir ses fonctions, la commission d'enquête souligne (aux pp. 67 et 68):

[TRADUCTION] Dans le cas de l'enseignant qui a proclamé publiquement ses opinions discriminatoires, l'effet peut avoir une conséquence négative sur le milieu scolaire. Cela pourrait provoquer des craintes et des inquiétudes concernant la mauvaise conduite possible de l'enseignant en classe et, plus important encore, cela pourrait être considéré comme le signe que d'autres considèrent acceptables ces préjugés. Cette situation pourrait entraîner une perte de dignité et d'estime de soi des membres du milieu scolaire appartenant au groupe minoritaire à l'égard de qui l'enseignant nourrit des préjugés.

La *Loi* n'interdit pas à une personne d'avoir des pensées ou des idées discriminatoires. Toutefois, elle peut limiter le droit de cette personne d'être un enseignant lorsque ces idées sont exprimées publiquement d'une manière qui a des répercussions sur le milieu scolaire ou si ces idées influencent la façon dont l'enseignant traite ses élèves en classe.

Pour déterminer si la conduite de l'intimé a effectivement eu un effet négatif sur le milieu scolaire, il faut examiner le climat qui, selon la preuve, régnait en fait à l'école. La commission d'enquête a entendu le témoignage de deux élèves du conseil scolaire, qu'elle a jugés crédibles. Les élèves ont décrit en détail le milieu d'enseignement du district scolaire. Elles ont fait état de harcèlement répété et continu, allant des injures lancées aux élèves juifs, au fait que d'autres élèves portaient la croix gammée sur le bras et dessinaient de telles croix sur les pupitres d'enfants juifs et sur les tableaux, et, de façon générale, à l'intimidation des élèves juifs. La fille de l'appelant, Yona Attis, a témoigné qu'à un moment donné elle avait prévu

nesses, gave evidence of one occasion on which she had planned to attend the respondent's school to watch a gymnastic competition, when she was advised that she could not go to the school because that was "... where the teacher who hates Jews works". The teacher referred to was identified as the respondent. Yona Attis stated that she attended the competition, but that she felt scared while there, and anxious "... that someone was going to come up behind [her] and grab [her] and beat [her] up or something". Further evidence of taunting and intimidation of the Jewish students was disclosed in her testimony, including incidents of shouting and signalling of the "Heil, Hitler" salute. What this evidence discloses is a poisoned educational environment in which Jewish children perceive the potential for misconduct and are likely to feel isolated and suffer a loss of self-esteem on the basis of their Judaism.

41

It is to be noted that the testimony of the students did not establish any direct evidence of an impact upon the school district caused by the respondent's off-duty conduct. Notwithstanding this lack of direct evidence, the Board concluded as follows (at p. 82):

Although there was no evidence that any of the students making anti-Jewish remarks were directly influenced by any of Malcolm Ross' teachings, given the high degree of publicity surrounding Malcolm Ross' publications it would be reasonable to anticipate that his writings were a factor influencing some discriminatory conduct by the students. [Emphasis added.]

This inference drawn on the basis of what is reasonable to anticipate must be considered in light of whether, in the circumstances, it is reasonable to anticipate that the respondent's off-duty conduct "poisoned" the educational environment in the School Board and whether it is sufficient to find discrimination according to a standard of what is reasonable to anticipate as the effect of the off-duty conduct. I will consider each of these points in turn.

42

A school is a communication centre for a whole range of values and aspirations of a society. In large part, it defines the values that transcend soci-

assister à une compétition de gymnastique à l'école de l'intimé et qu'on lui avait alors dit qu'elle ne pourrait pas y aller parce que [TRADUCTION] «c'était là que travaille l'enseignant qui haït les Juifs». On lui avait dit que l'enseignant en question était l'intimé. Yona Attis a affirmé qu'elle avait assisté à la compétition mais qu'elle avait été inquiète et avait eu peur [TRADUCTION] «que quelqu'un s'approche derrière [elle], et [l']accroche ou [lui] fasse quelque chose». Elle a fait état d'autres sarcasmes et gestes d'intimidation consistant notamment à crier «Heil Hitler» et à faire le salut nazi. Ces témoignages révèlent l'existence d'un milieu scolaire empoisonné dans lequel les enfants juifs percevaient les risques de mauvaise conduite et étaient susceptibles, à cause de leur judaïsme, de se sentir isolés et de perdre leur estime de soi.

Soulignons que le témoignage des élèves n'a pas établi directement que la conduite de l'intimé après ses heures de travail avait eu des répercussions sur le district scolaire. Malgré cette absence de preuve directe, la commission d'enquête conclut (à la p. 82):

[TRADUCTION] Même si rien n'a indiqué que les élèves qui tenaient des propos antisémites étaient directement influencés par les enseignements de Malcolm Ross, compte tenu de la très grande publicité entourant les publications de celui-ci, il était raisonnable de s'attendre que ces écrits constituent un facteur influençant certains actes discriminatoires par les élèves. [Je souligne.]

Cette déduction fondée sur ce qui est raisonnablement prévisible doit être examinée en fonction de la question de savoir si, dans les circonstances, il était raisonnable de s'attendre à ce que le comportement de l'intimé après le travail «empoisonne» le milieu d'enseignement du conseil scolaire, et de celle de savoir s'il suffit de conclure à l'existence de discrimination selon la norme de l'effet raisonnablement prévisible du comportement après le travail. Je vais examiner chacun de ces points à tour de rôle.

Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle défi-

ety through the educational medium. The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate. As the Board of Inquiry stated, a school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it.

Teachers are inextricably linked to the integrity of the school system. Teachers occupy positions of trust and confidence, and exert considerable influence over their students as a result of their positions. The conduct of a teacher bears directly upon the community's perception of the ability of the teacher to fulfil such a position of trust and influence, and upon the community's confidence in the public school system as a whole. Allison Reyes considers the importance of teachers in the education process and the impact that they bear upon the system, in "Freedom of Expression and Public School Teachers" (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35. She states, at p. 42:

Teachers are a significant part of the unofficial curriculum because of their status as "medium." In a very significant way the transmission of prescribed "messages" (values, beliefs, knowledge) depends on the fitness of the "medium" (the teacher).

By their conduct, teachers as "medium" must be perceived to uphold the values, beliefs and knowledge sought to be transmitted by the school system. The conduct of a teacher is evaluated on the basis of his or her position, rather than whether the conduct occurs within the classroom or beyond. Teachers are seen by the community to be the medium for the educational message and because of the community position they occupy, they are not able to "choose which hat they will wear on what occasion" (see *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.), at p. 660); teachers do not necessarily check their teaching hats at the school yard gate and may be perceived to be wearing their

nit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. Comme l'a dit la commission d'enquête, le conseil scolaire a l'obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert.

Les enseignants sont inextricablement liés à l'intégrité du système scolaire. En raison de la position de confiance qu'ils occupent, ils exercent une influence considérable sur leurs élèves. Le comportement d'un enseignant influe directement sur la perception qu'a la collectivité de sa capacité d'occuper une telle position de confiance et d'influence, ainsi que sur la confiance des citoyens dans le système scolaire public en général. Dans l'article «Freedom of Expression and Public School Teachers» (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35, Allison Reyes examine, à la p. 42, l'importance des enseignants dans le processus éducatif et leur impact sur le système:

[TRADUCTION] Les enseignants représentent une partie importante du programme d'études officiels à cause de leur situation d'«intermédiaires.» Dans une très large mesure, la communication des «messages» prescrits (valeurs, croyances, connaissances) dépend des aptitudes de «l'intermédiaire» (l'enseignant).

Le comportement de l'intermédiaire qu'est l'enseignant doit traduire son adhésion à ces valeurs, croyances et connaissances que le système scolaire cherche à communiquer. Son comportement est évalué en fonction de la position même qu'il occupe, et non en fonction de la question de savoir si le comportement en cause a été adopté en classe ou ailleurs. L'enseignant est perçu dans la collectivité comme l'intermédiaire par lequel passe le message éducatif, et en raison de la position qu'il y occupe, il n'est pas en mesure de [TRADUCTION] «choisir le chapeau qu'il portera et dans quelle occasion» (voir *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (C.A.C.-B.), à la p. 660); ce chapeau d'enseignant, il ne l'enlève donc pas nécessairement à la sortie de l'école et, pour certains, il continue à le porter

teaching hats even off duty. Reyes affirms this point in her article, *supra*, at p. 37:

The integrity of the education system also depends to a great extent upon the perceived integrity of teachers. It is to this extent that expression outside the classroom becomes relevant. While the activities of teachers outside the classroom do not seem to impact *directly* on their ability to teach, they may conflict with the values which the education system perpetuates. [Emphasis in original.]

I find the following passage from the British Columbia Court of Appeal's decision in *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees v. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93, at p. 97, equally relevant in this regard:

The reason why off-the-job conduct may amount to misconduct is that a teacher holds a position of trust, confidence and responsibility. If he or she acts in an improper way, on or off the job, there may be a loss of public confidence in the teacher and in the public school system, a loss of respect by students for the teacher involved, and other teachers generally, and there may be controversy within the school and within the community which disrupts the proper carrying on of the educational system.

même après les heures de travail. C'est ce que Reyes affirme, *loc. cit.*, à la p. 37:

[TRADUCTION] L'intégrité du système d'éducation dépend aussi en grande mesure de la perception de l'intégrité des enseignants. C'est dans cette mesure que l'expression à l'extérieur de la classe devient pertinente. Bien que les activités des enseignants à l'extérieur de la classe ne semblent pas influencer *directement* sur leur capacité d'enseigner, elles peuvent entrer en conflit avec les valeurs perpétuées par le système d'éducation. [En italique dans l'original.]

Le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees c. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93, à la p. 97, m'apparaît tout aussi pertinent à cet égard:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle le comportement en dehors des heures de travail peut équivaloir à de l'inconduite est le fait que l'enseignant occupe une position de confiance et de responsabilité. Si celui-ci agit de manière déplacée, au travail ou après le travail, il peut en résulter une perte de confiance du public à son égard et à l'égard du système scolaire public, une perte de respect de la part des élèves envers lui et envers les autres enseignants en général, en plus de susciter à l'intérieur de l'école et de la collectivité une controverse qui perturbe le fonctionnement du système d'éducation.

C'est en raison de cette position de confiance et d'influence que nous exigeons de l'enseignant qu'il se conforme à des normes élevées au travail comme à l'extérieur du travail, et c'est l'érosion de ces normes qui est susceptible d'entraîner, dans la collectivité, une perte de confiance dans le système scolaire public. Loin de moi l'idée de vouloir ainsi soumettre la vie entière des enseignants à un contrôle démesuré dicté par des normes morales plus strictes. Cela risquerait d'entraîner une violation importante des droits à la protection de la vie privée et des libertés fondamentales des enseignants. Toutefois, lorsque l'«empoisonnement» d'un milieu scolaire est imputable au comportement d'un enseignant après ses heures de travail, et qu'il est susceptible d'entraîner une perte correspondante de confiance dans l'enseignant et dans l'ensemble du système, ce comportement après le travail devient alors pertinent.

45

It is on the basis of the position of trust and influence that we hold the teacher to high standards both on and off duty, and it is an erosion of these standards that may lead to a loss in the community of confidence in the public school system. I do not wish to be understood as advocating an approach that subjects the entire lives of teachers to inordinate scrutiny on the basis of more onerous moral standards of behaviour. This could lead to a substantial invasion of the privacy rights and fundamental freedoms of teachers. However, where a "poisoned" environment within the school system is traceable to the off-duty conduct of a teacher that is likely to produce a corresponding loss of confidence in the teacher and the system as a whole, then the off-duty conduct of the teacher is relevant.

The next question is whether a finding of discrimination may be supported by an inference on the basis of what is reasonable to anticipate as an effect of the off-duty conduct. In *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, a public servant was discharged for publicly criticizing the government. Dickson C.J. observed two forms of impairment: impairment to perform the specific job and impairment in a wider sense. With respect to impairment of the first kind, the general rule, he stated, should be that direct evidence of impairment is required. He qualified this rule, however, as not absolute and stated that when the nature of the occupation is important and sensitive, and when the substance, form and context of the employee's comments are extreme, an inference of impairment may be sufficient. In that case, Dickson C.J. accepted the finding of the adjudicator that the public servant's off-duty conduct "could or would give rise to public concern, unease and distrust of his ability to perform his employment duties" (pp. 472-73).

Similarly in this case, the Board found that the respondent's off-duty comments impaired his ability to fulfil his teaching position. The teaching occupation is uniquely important. This, combined with the substance of the respondent's writings and statements and the highly public media through which they were disseminated, i.e. television and published works, supports the conclusion that this finding of the Board is correct.

Returning to *Fraser, supra*, with respect to impairment in the wider sense, Dickson C.J. stated, at p. 473:

It is open to an adjudicator to infer impairment on the whole of the evidence if there is evidence of a pattern of behaviour which an adjudicator could reasonably conclude would impair the usefulness of the public servant. Was there such evidence of behaviour in this case? In order to answer that question it becomes relevant to con-

La question suivante est de savoir si une conclusion à l'existence de discrimination peut s'appuyer sur une déduction fondée sur l'effet raisonnablement prévisible du comportement adopté après le travail. Dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, un fonctionnaire avait été congédié pour avoir critiqué ouvertement le gouvernement. Le juge en chef Dickson a relevé deux types d'incidence néfaste: l'empêchement d'accomplir un travail précis et l'empêchement dans un sens plus large. En ce qui concerne la première catégorie, la règle générale, a-t-il dit, veut qu'on exige la preuve directe de l'incidence néfaste. Il a toutefois précisé que cette règle n'était pas absolue, ajoutant que lorsque la nature du poste est importante et délicate et que le fond, la forme et le contexte des propos de l'employé sont extrêmes, il peut suffire de déduire qu'il y a eu incidence néfaste. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson a accepté la conclusion de l'arbitre que la conduite du fonctionnaire en dehors de ses heures de travail «pouvait ou allait susciter des inquiétudes, de la gêne ou de la méfiance de la part du public à l'égard de son aptitude à accomplir ses fonctions» (pp. 472 et 473).

De même en l'espèce, la commission d'enquête a conclu que les propos que l'intimé a tenus en dehors de ses heures de travail ont eu une incidence néfaste sur son aptitude à remplir ses fonctions d'enseignant. Le poste d'enseignant revêt une importance exceptionnelle. Cette importance, combinée à la teneur des écrits et des déclarations de l'intimé et à leur vaste diffusion publique par l'intermédiaire de la télévision et de publications, vient étayer la justesse de cette conclusion de la commission d'enquête.

Pour revenir à l'arrêt *Fraser*, précité, le juge en chef Dickson affirme, au sujet de l'incidence néfaste dans un sens plus large, à la p. 473:

Un arbitre peut déduire qu'il y a une incidence néfaste d'après l'ensemble de la preuve si des éléments de preuve indiquent un type de conduite qui peut raisonnablement l'amener à conclure qu'elle est de nature à diminuer l'efficacité du fonctionnaire. Y avait-il en l'espèce de tels éléments de preuve sur la conduite? Pour

sider the substance, form and context of [the impugned conduct].

In the present case, I note that the Board was presented with evidence from Ernest Hodgson on the likely effects of the respondent's conduct. He stated that the Jewish students having a general knowledge of the respondent could be fearful of him. Indeed, this is borne out in Yona Attis' testimony, and is supported by the pervasive awareness of the respondent's conduct throughout the community. Ernest Hodgson gave further evidence that it was possible that Jewish students would be negatively influenced by the respondent and that they would see themselves as the subject of suspicion, distrust and isolation. He considered that there might be a reluctance on the part of Jewish parents to become involved in the school system that might deter other Jewish families from moving to Moncton.

49 Pursuant to a television interview given by the respondent in 1989, the School Board itself characterized the effect produced by the respondent's conduct in this manner:

... the climate created by this aggressive approach creates hostility that permeates and interferes with the desired tolerance required by the school system to show respect for the rights of all students and their families to practice their religious faith.

As to whether there is impairment on a broader scale, I conclude on the authority of *Fraser, supra*, that a reasonable inference is sufficient in this case to support a finding that the continued employment of the respondent impaired the educational environment generally in creating a "poisoned" environment characterized by a lack of equality and tolerance. The respondent's off-duty conduct impaired his ability to be impartial and impacted upon the educational environment in which he taught.

50 The Board found that School District No. 15 discriminated contrary to s. 5 of the Act. It found the School Board had been reluctant to take disciplinary action against the respondent, notwithstanding the publicity his conduct received and the awareness on the part of the School Board of the

répondre à cette question il devient pertinent d'examiner le fond, la forme et le contexte [de la conduite reprochée].

Dans la présente affaire, je remarque que la commission d'enquête a entendu le témoignage de Ernest Hodgson quant aux effets probables de la conduite de l'intimé. Monsieur Hodgson a affirmé que les élèves juifs ayant une connaissance générale de l'intimé pouvaient avoir peur de lui. En fait, cela est confirmé par le témoignage de Yona Attis et étayé par la grande notoriété de la conduite de l'intimé dans la collectivité. Ernest Hodgson a ajouté qu'il était possible que les élèves juifs subissent une influence négative de la part de l'intimé, qu'ils se considèrent comme faisant l'objet de soupçons et de méfiance et qu'ils se sentent isolés. Il a estimé que les parents juifs pourraient hésiter à participer au système scolaire et que cela pourrait décourager d'autres familles juives de venir s'établir à Moncton.

À la suite d'une entrevue télévisée que l'intimé a accordée en 1989, le conseil scolaire décrit lui-même ainsi l'effet produit par la conduite de ce dernier:

[TRADUCTION] ... le climat créé par cette tactique agressive crée de l'hostilité qui imprègne le système scolaire et nuit à la tolérance désirée qui est requise par ce système pour respecter les droits de tous les élèves et de leur famille à pratiquer leur religion.

Quant à savoir s'il y a eu incidence néfaste sur une plus grande échelle, je conclus, en me fondant sur l'arrêt *Fraser*, précité, qu'une déduction raisonnable est suffisante, en l'espèce, pour étayer une conclusion que le fait de continuer à employer l'intimé a eu une incidence néfaste sur le milieu scolaire en général en créant un climat «empoisonné» caractérisé par l'inégalité et l'intolérance. La conduite de l'intimé en dehors de ses heures de travail a eu une incidence néfaste sur sa capacité d'être impartial et a influé sur le milieu dans lequel il enseignait.

La commission d'enquête a conclu que le district scolaire n° 15 avait fait preuve de discrimination au sens de l'art. 5 de la Loi. Elle a jugé que le conseil scolaire avait hésité à prendre des mesures disciplinaires contre l'intimé, malgré la publicité ayant entouré sa conduite et même s'il était au

situation in the community at large. In effect, its passivity signalled a silent condonation of, and support for the respondent's views. The Board found an obligation within the school community "to work towards the creation of an environment in which students of all backgrounds will feel welcomed and equal" (p. 83). It stated (at p. 80):

In such situations it is not sufficient for a school board to take a passive role. A school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it and it must be ever vigilant of anything that might interfere with this duty.

I am in complete agreement with this statement, and I refer to the findings of the Board that the School Board failed to maintain a positive environment. The School Board, it found, was reluctant to become involved and was slow to respond when complaints about the respondent were first raised. The evidence discloses that as early as 1978, letters were sent to the Director of School District No. 15 regarding concerns about the respondent's continued employment, and requesting his dismissal. The position of the School Board at that time was expressed by Nancy Humphrey, Chairperson of the School Board, as being that the respondent could do what he wanted on his own time. From 1979 through 1984, the respondent's in-class teaching was monitored; however, in 1983, media coverage of the respondent's activities was augmented.

By 1986-87, the School Board was receiving approximately 10 to 20 letters a week concerning the respondent. After he wrote an article in *The Miramichi Leader* in 1986, a scheme directed at more frequent monitoring of his class was put into place. By 1987, the public controversy surrounding the respondent had grown concerning the level of the School Board's involvement, and the question as to whether the respondent would be charged under the hate literature provisions of the *Criminal Code* was raised. A committee was established by the School Board in 1987 to review the possible impact of the issue on the learning environment. This committee, however, was found by the Board of Inquiry to have failed to address the questions it

courant de la situation qui régnait dans la collectivité en général. En réalité, le conseil scolaire a, par sa passivité et son silence, donné l'impression qu'il tolérait voire appuyait les opinions de l'intimé. La commission d'enquête a statué qu'il existait, dans le milieu scolaire, une obligation de [TRADUCTION] «travailler à la création d'un milieu dans lequel les élèves de toutes origines se sentent les bienvenus et des égaux» (p. 83). Elle affirme (à la p. 80):

[TRADUCTION] Dans de telles situations, il ne suffit pas pour le conseil scolaire d'assumer un rôle passif. Il a l'obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert et il doit toujours veiller à écarter tout ce qui pourrait nuire à cette obligation.

Je souscris entièrement à cet énoncé et je renvoie aux conclusions de la commission d'enquête que le conseil scolaire a omis de maintenir un climat positif. Le conseil scolaire, a-t-elle statué, a hésité à intervenir et a été lent à répondre aux premières plaintes portées contre l'intimé. La preuve révèle que, dès 1978, le directeur du district scolaire n° 15 a reçu des lettres dans lesquelles on se disait préoccupé par le fait que l'intimé travaillait toujours pour le conseil scolaire et on demandait son congédiement. De l'avis du conseil scolaire à l'époque, tel qu'exprimé par sa présidente Nancy Humphrey, l'intimé pouvait faire ce qu'il voulait de son temps libre. De 1979 à 1984, l'enseignement en classe de l'intimé a fait l'objet d'une surveillance; en 1983 toutefois, la couverture médiatique de ses activités a augmenté.

Vers les années 1986-1987, le conseil scolaire recevait de 10 à 20 lettres par semaine concernant l'intimé. Après que ce dernier eut écrit un article dans le journal *The Miramichi Leader* en 1986, un programme de surveillance accrue de sa classe a été établi. Dès 1987, la controverse publique entourant l'intimé avait augmenté en ce qui concernait la participation du conseil scolaire et on s'est demandé si une accusation serait portée contre lui en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives à la propagande haineuse. En 1987, le conseil scolaire a établi un comité chargé d'examiner les répercussions possibles de cette affaire sur le milieu d'apprentissage. La commission d'enquête a toutefois conclu que ce comité n'avait pas

should have and to appreciate the subtle forms discrimination may take.

52 According to the acting superintendent, Cheryl Reid, in 1988 the respondent was “cautioned strongly against any further publications regarding [his] views”. In the same year, the first disciplinary action was taken against the respondent, at which time he was informed that any further publications, or public discussions of his views or works would result in greater disciplinary action and possible dismissal. A reprimand in the form of a “gag order” was placed on his personal file. Subsequent to this, three complaints were filed against him. The Human Rights Commission began an investigation in response to these complaints. The Board of Inquiry, however, found that the School Board strongly resisted the investigation. The investigation recommended that the Board of Inquiry be established in 1988.

53 In March 1989, the School Board adopted Policy No. 5006, intended to ensure that students were offered a positive and safe learning environment, in which they were taught respect for the rights and freedoms of the individual. In September 1989, the School Board decided to remove the “gag order” from the respondent’s file. Two months later, the respondent appeared on television to express and discuss his views. The School Board responded by ordering a severe reprimand to the respondent, by way of letter, requesting that he refrain from “publicly assailing” another religion. The Board of Inquiry found it difficult to understand why the School Board only gave the respondent a reprimand at this time as opposed to terminating his employment, given that the respondent had been sent a strongly worded letter along with a copy of Policy No. 5006 making the intention of the new policy very clear to him.

54 A review of this chronology led the Board of Inquiry to conclude that the School Board had discriminated in its failure to take a proactive approach to the controversy surrounding the respondent, the effect of which was to suggest the

abordé les questions qu’il aurait dû aborder et qu’il n’avait pas évalué les formes subtiles que peut prendre la discrimination.

Selon la directrice générale intérimaire, Cheryl Reid, il avait été fortement conseillé à l’intimé, en 1988, [TRADUCTION] «de ne plus réaliser d’autres publications concernant ses opinions». Au cours de la même année, l’intimé a fait l’objet d’une première mesure disciplinaire et a été avisé, à l’époque, que toute nouvelle publication ou toute participation à une discussion publique de ses opinions ou de ses travaux entraînerait une sanction disciplinaire plus sévère et éventuellement son renvoi. Une réprimande sous forme d’«interdit» a été consignée à son dossier personnel. Trois plaintes ont subséquemment été déposées contre lui, à la suite de quoi la Commission des droits de la personne a ouvert une enquête. Cependant, la commission d’enquête a jugé que le conseil scolaire avait opposé une forte résistance à l’enquête. À la suite de cette enquête, on a recommandé l’établissement de la commission d’enquête en 1988.

En mars 1989, le conseil scolaire a adopté la politique n° 5006 visant à assurer que les élèves bénéficient d’un milieu d’apprentissage positif et sécuritaire où on enseignerait le respect des droits et libertés individuels. En septembre 1989, le conseil scolaire a décidé de retirer l’«interdit» du dossier de l’intimé. Deux mois plus tard, l’intimé a participé à une émission de télévision où il a discuté de ses idées. Le conseil scolaire a réagi en le réprimandant sévèrement et en lui demandant, par lettre, de s’abstenir [TRADUCTION] «d’attaquer publiquement» une autre religion. La commission d’enquête a jugé qu’il était difficile de comprendre pourquoi le conseil scolaire avait alors simplement réprimandé l’intimé au lieu de le renvoyer, étant donné que ce dernier avait reçu une lettre au ton énergique, accompagnée d’un exemplaire de la politique n° 5006, dans laquelle le but de cette nouvelle politique lui était très clairement exposé.

Cet examen chronologique a amené la commission d’enquête à conclure que le conseil scolaire avait fait preuve de discrimination en n’adoptant pas une méthode proactive face à la controverse entourant l’intimé, ce qui avait eu pour effet de

acceptance of the respondent's views and of a discriminatory learning environment. The finding of discrimination against the School Board is supported by the evidence and I accordingly see no error in this finding of the Board of Inquiry.

A finding of discrimination does not end the analysis, however. The respondent also raises the issue of the validity of the order. As I have previously stated, the important question in relation to the validity of the order is whether it is constitutionally sound. The respondent submits that his freedom of expression and freedom of religion have been infringed. I turn now to these constitutional issues.

C. Freedom of Expression

Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The appellants, with the exception of the Canadian Jewish Congress, concede that the respondent's freedom of expression was infringed by the Board's order. They were right to concede this point. The order does infringe the respondent's freedom of expression, a conclusion that is supported by the discourse surrounding s. 2(b) of the *Charter*.

The expression in question in this appeal concerns the respondent's writings, publications and statements. The Board of Inquiry considered the four books set forth in the order, as well as the letter to the editor in *The Miramichi Leader*, and the television interview in 1989, as the most important. The gist of the respondent's message is that Jews are heading a "conspiracy" or a "great Satanic movement" against Christians with a view to destroying the Christian faith and civilization. The respondent attributes many of the "evils in our land" to the fact that Christians have permitted

laisser croire qu'il acceptait les idées de ce dernier et l'existence d'un milieu d'apprentissage discriminatoire. Cette conclusion à l'existence de discrimination de la part du conseil scolaire est étayée par la preuve et je n'y vois donc aucune erreur de la part de la commission d'enquête.

Cependant, une conclusion à l'existence de discrimination ne met pas fin à l'analyse. L'intimé a également soulevé la question de la validité de l'ordonnance. Comme je l'ai dit antérieurement, la question importante à cet égard est de savoir si l'ordonnance est valide sur le plan constitutionnel. L'intimé fait valoir qu'il y a eu atteinte à sa liberté d'expression et à sa liberté de religion. Je vais maintenant examiner ces questions constitutionnelles.

C. La liberté d'expression

L'alinéa 2b) de la *Charte* se lit ainsi:

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;

Les appelants, à l'exception du Congrès juif canadien, reconnaissent, à juste titre d'ailleurs, que l'ordonnance de la commission d'enquête a porté atteinte à la liberté d'expression de l'intimé. L'ordonnance porte effectivement atteinte à la liberté d'expression de l'intimé, conclusion qui est étayée par le discours entourant l'al. 2b) de la *Charte*.

L'expression en cause dans le présent pourvoi consiste dans les écrits, publications et déclarations de l'intimé. La commission d'enquête a examiné ceux qu'elle a jugés les plus importants, soit les quatre livres mentionnés dans l'ordonnance, la lettre à la rédaction du journal *The Miramichi Leader* ainsi que l'entrevue accordée à la télévision en 1989. L'essentiel du message de l'intimé est que les Juifs sont à la tête d'un [TRADUCTION] «complot» ou d'un «grand mouvement satanique» contre les chrétiens visant à détruire la foi et la civilisation chrétiennes. L'intimé attribue de nombreux

55

56

57

58

“those ‘who hate the Lord’ to rule over (them)”. The Board referred to the contents of the letter and found within it encouragement to others to condemn all Jews and to throw off the “yoke of Jewish domination”. With this description of the expression in issue, I turn to the jurisprudence surrounding s. 2(b).

[TRADUCTION] «maux de notre pays» au fait que les chrétiens ont permis à «ceux «qui haïssent le Seigneur» de régner sur [eux]». Quant à la lettre, la commission d’enquête y a vu un encouragement à condamner tous les Juifs et à se soustraire au [TRADUCTION] «joug de la domination juive». Après avoir donné cette description de l’expression en cause, je vais examiner la jurisprudence entourant l’al. 2b)

59 Section 2(b) must to be given a broad, purposive interpretation; see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The purpose of the guarantee is to permit free expression in order to promote truth, political and social participation, and self-fulfilment; see *Zundel, supra*. As Cory J. put it in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, “[i]t is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society”; as such, freedom of expression should only be restricted in the clearest of circumstances.

Il faut donner à l’al. 2b) une interprétation large et fondée sur l’objet visé; voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. La garantie vise à permettre la libre expression afin de promouvoir la vérité, la participation politique et sociale, ainsi que l’accomplissement de soi; voir l’arrêt *Zundel*, précité. Comme l’affirme le juge Cory dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, «[i]l est difficile d’imaginer une liberté garantie qui soit plus importante [...] dans une société démocratique»; c’est pourquoi la liberté d’expression ne devrait être restreinte que dans les cas les plus clairs.

60 Apart from those rare cases where expression is communicated in a physically violent manner, this Court has held that so long as an activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee of freedom of expression; see *Irwin Toy, supra*, at p. 969. The scope of constitutional protection of expression is, therefore, very broad. It is not restricted to views shared or accepted by the majority, nor to truthful opinions. Rather, freedom of expression serves to protect the right of the minority to express its view, however unpopular such views may be; see *Zundel, supra*, at p. 753. The wide ambit of s. 2(b) is underscored by the following passage from McLachlin J.’s reasons in that case, at pp. 752-53:

Sauf en ce qui concerne les rares cas où on a recours à la violence physique pour s’exprimer, notre Cour a statué que dans la mesure où une activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie; voir l’arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 969. La protection constitutionnelle de l’expression a donc une portée très large. Elle n’est restreinte ni aux opinions partagées ou acceptées par la majorité, ni aux opinions conformes à la vérité. La liberté d’expression sert au contraire à protéger le droit de la minorité d’exprimer son opinion, quelque impopulaire qu’elle puisse être; voir l’arrêt *Zundel*, précité, à la p. 753. Aux pages 752 et 753 de cet arrêt, le juge McLachlin souligne en ces termes la portée large de l’al. 2b):

The purpose of the guarantee is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment. That purpose extends to the protection of minority beliefs which the majority regard as wrong or false: *Irwin Toy, supra*, at p. 968. Tests of free expression frequently involve a contest

La garantie vise à permettre la liberté d’expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l’accomplissement de soi. Cet objet s’étend à la protection des croyances minoritaires que la majorité des gens considèrent comme erronées ou fausses: *Irwin Toy*, précité, à la p. 968. Les critères de la

between the majoritarian view of what is true or right and an unpopular minority view. As Holmes J. stated over sixty years ago, the fact that the particular content of a person's speech might "excite popular prejudice" is no reason to deny it protection for "if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought — not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate": *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), at pp. 654-55.

In *Irwin Toy*, *supra*, and more recently in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, this Court has adopted a two-step enquiry to determine whether an individual's freedom of expression is infringed. The first step involves determining whether the individual's activity falls within the freedom of expression protected by the *Charter*. The second step is to determine whether the purpose or effect of the impugned government action is to restrict that freedom.

There can be no doubt that the first step is satisfied. The writings, publications and statements of Malcolm Ross constitute expression within the meaning of s. 2(b). They clearly convey meaning. The truth or falsehood of their contents is not a matter to be considered in the context of determining whether they fall within the guarantee of freedom of expression; nor is the unpopularity of the views espoused within them.

Further support for this position may be found in this Court's decision in *Keegstra*, *supra*, where the factual similarity of the content of the expression in that case with that of the respondent is striking. There the content of the expression in issue was as follows, at p. 714:

Mr. Keegstra's teachings attributed various evil qualities to Jews . . . He taught his classes that Jewish people seek to destroy Christianity and are responsible for depressions, anarchy, chaos, wars and revolution. According to Mr. Keegstra, Jews "created the Holocaust to gain sympathy" and, in contrast to the open and

liberté d'expression mettent souvent en jeu une opposition entre l'opinion majoritaire au sujet de ce qui est vrai ou correct et une opinion minoritaire impopulaire. Comme l'a dit le juge Holmes, il y a plus de soixante ans, le fait que la teneur particulière du message d'une personne puisse [TRADUCTION] «inciter à l'intolérance» n'est pas une raison pour lui refuser la protection car [TRADUCTION] «s'il existe un principe de la Constitution qui exige de façon plus impérative le respect que tout autre c'est le principe de la liberté de pensée — pas la liberté de pensée pour ceux qui sont d'accord avec nous mais la liberté pour les pensées que nous haïssons»: *United States c. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), aux pp. 654 et 655.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, et plus récemment dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, notre Cour a adopté une analyse en deux étapes pour déterminer s'il y a eu violation de la liberté d'expression d'un particulier. La première étape consiste à déterminer si l'activité du particulier est visée par la liberté d'expression protégée par la *Charte*. La seconde étape consiste à déterminer si l'action gouvernementale attaquée a pour objet ou pour effet de restreindre cette liberté.

En ce qui concerne la première étape de l'analyse, la réponse ne fait aucun doute. Les écrits, publications et déclarations de Malcolm Ross constituent de l'expression au sens de l'al. 2b). Ils transmettent manifestement une signification. Pour déterminer s'ils sont visés par la garantie de la liberté d'expression, il n'y a pas lieu d'en examiner la véracité ou la fausseté, pas plus que l'impopularité des opinions qui y sont adoptées.

Ce point de vue est renforcé par l'arrêt de notre Cour *Keegstra*, précité, où le contenu de l'expression en cause dans cette affaire présente une similitude factuelle frappante avec celui de l'expression de l'intimé. Dans cette affaire, le contenu de l'expression en cause est décrit ainsi, à la p. 714:

Dans ses enseignements, M. Keegstra prêtait aux juifs diverses tares [. . .] Il enseignait à ses classes que les juifs cherchaient à détruire la chrétienté et qu'ils étaient responsables des crises économiques, de l'anarchie, du chaos, des guerres et des révolutions. D'après M. Keegstra, les juifs [TRADUCTION] «avaient inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie» et, contrairement aux chrétiens francs et honnêtes,

61

62

63

honest Christians, were said to be deceptive, secretive and inherently evil.

The "hate propaganda" in that case was held to be protected by s. 2(b). Dickson C.J. rejected the argument that hate propaganda was analogous to violence and found that its repugnance stemmed from its content and not from its form. It was, therefore, expression within the meaning of the provision, as is the expression in this appeal.

64 This brings me to the second step of the test, determining whether the purpose or effect of the impugned government action is to restrict the individual's freedom of expression. In this case, it is the order, rather than its constituent legislation, that is called in question. Consequently, it is the purpose of the order that must be considered.

65 Turning to this question, then, this Court has adopted an approach which examines the "facial" purpose of the legislative means chosen by Parliament to achieve its ends. In *Zundel, supra*, the constitutionality of the "false news" provisions of the *Criminal Code*, in particular s. 181, was in issue. The intervener, Canadian Jewish Congress, argued that the purpose of the provisions was to prevent the harmful consequences of publications, there too anti-Semitic publications. McLachlin J. held that the intervener's argument missed the point noting that this Court has examined the "facial" purpose of a legislative technique adopted to achieve a particular end. She stated, at p. 759:

First, this Court has never focused upon a particular consequence of a proscribed act in assessing the legislation's purpose; the Court examines what might be called the 'facial' purpose of the legislative technique adopted by Parliament to achieve its ends: see, for example, *Irwin Toy, supra*, at pp. 973-76. Second, a legislative provision may have many effects. One demonstrated effect of s. 181 in the case at bar is to subject Mr. Zundel to criminal conviction and potential imprisonment because of words he published. In the face of this reality, it is undeniable that s. 181, whatever its purpose, has the effect of restricting freedom of expression.

les juifs sont sournois, dissimulateurs et foncièrement mauvais.

On a jugé que la «propagande haineuse», dans cette affaire, était protégée par l'al. 2b). Rejetant l'argument voulant que la propagande haineuse soit analogue à la violence, le juge en chef Dickson a conclu que son caractère offensant tenait à son contenu et non à sa forme. Il s'agissait donc d'une expression au sens de la disposition, comme c'est le cas de l'expression dans le présent pourvoi.

Cela m'amène au second volet du critère, qui consiste à déterminer si l'action gouvernementale attaquée a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression d'un particulier. Ce qui est en cause en l'espèce, c'est l'ordonnance et non la loi en vertu de laquelle elle a été rendue. C'est donc l'objet de l'ordonnance qu'il faut examiner.

À ce sujet, notre Cour a adopté une méthode consistant à examiner l'objet «manifeste» des moyens que le législateur a choisis pour réaliser ses fins. Dans l'arrêt *Zundel*, précité, la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* interdisant la diffusion de «fausses nouvelles», en particulier l'art. 181, était en cause. L'intervenant, le Congrès juif canadien, a fait valoir que ces dispositions avaient pour objet d'empêcher les conséquences préjudiciables de publications, là encore des publications antisémites. Le juge McLachlin a décidé que cet argument passait à côté de la question, soulignant que notre Cour avait examiné l'objet «manifeste» d'une technique législative adoptée par le législateur pour réaliser une fin particulière. Elle affirme, à la p. 759:

Premièrement, notre Cour n'a jamais insisté sur une conséquence particulière d'un acte interdit en évaluant l'objet de la loi; la Cour examine ce qu'on pourrait appeler l'objet «manifeste» de la technique législative adoptée par le législateur pour réaliser ses fins: voir, par exemple, *Irwin Toy*, précité, aux pp. 973 à 976. Deuxièmement, une disposition législative peut avoir de nombreux effets. L'un des effets démontrés de l'art. 181 en l'espèce est d'exposer M. Zundel à une condamnation criminelle et à l'emprisonnement à cause de mots qu'ils a publiés. Compte tenu de cette réalité, il est indéniable que l'art. 181, quel que soit son objet, a pour effet de restreindre la liberté d'expression.

In the present case, the purpose of the Board's order, while intended to remedy the discrimination with respect to services available to the public, is to prevent the respondent from publicly espousing his views while he is employed as a public school teacher. On its face, the purpose of the order is to restrict the respondent's expression; it has a direct effect on the respondent's freedom of expression, and so violates s. 2(b) of the *Charter*.

D. *Freedom of Religion*

The respondent's expression in this case is of a religious nature. He, therefore, submits that his freedom of religion has also been infringed. I turn, then, to this contention.

Section 2(a) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:
(a) freedom of conscience and religion;

The appellant Human Rights Commission concedes that the Board's order infringes the respondent's freedom of religion, as embodied in s. 2(a) of the *Charter*, and the appellant Attis does not raise the issue. The appellant Canadian Jewish Congress, however, submits that the order does not infringe the respondent's s. 2(a) freedoms.

In arguing that the order does infringe his freedom of religion, the respondent submits that the Act is being used as a sword to punish individuals for expressing their discriminating religious beliefs. He maintains that "[a]ll of the invective and hyperbole about anti-Semitism is really a smoke screen for imposing an officially sanctioned religious belief on society as a whole which is not the function of courts or Human Rights Tribunals in a free society". In this case, the respondent's freedom of religion is manifested in his writings, statements and publications. These, he argues, constitute "thoroughly honest religious statement[s]", and adds that it is not the role of this Court to decide what any particular religion believes.

Dans le présent pourvoi, tout en visant à remédier à la discrimination dans les services offerts au public, l'ordonnance de la commission d'enquête a pour objet d'empêcher l'intimé d'exprimer publiquement ses opinions pendant qu'il enseigne dans une école publique. À première vue, l'ordonnance a pour objet de restreindre l'expression de l'intimé; elle a un effet direct sur sa liberté d'expression et viole donc l'al. 2b) de la *Charte*.

D. *La liberté de religion*

En l'espèce, l'expression de l'intimé est de nature religieuse. Il soutient donc que sa liberté de religion a aussi été violée. Examinons ce moyen.

L'alinéa 2a) de la *Charte* se lit ainsi:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
a) liberté de conscience et de religion;

L'appelante la Commission des droits de la personne reconnaît que l'ordonnance de la commission d'enquête viole la liberté de religion garantie à l'intimé par l'al. 2a) de la *Charte*, mais l'appellant Attis ne soulève pas ce point. L'appellant le Congrès juif canadien soutient toutefois que l'ordonnance ne viole pas les libertés garanties à l'intimé par l'al. 2a).

En faisant valoir que l'ordonnance viole sa liberté de religion, l'intimé prétend que la Loi sert d'épée pour punir les particuliers qui expriment des croyances religieuses discriminatoires. Il soutient que [TRADUCTION] «[t]outes les invectives et les exagérations dont fait l'objet l'antisémitisme ne sont, en réalité, qu'un écran de fumée qui occulte l'imposition de croyances religieuses approuvées officiellement à l'ensemble de la société, ce qui n'est pas le rôle des cours de justice ni des tribunaux des droits de la personne dans une société libre». Dans la présente affaire, l'intimé manifeste sa liberté de religion dans ses écrits, déclarations et publications. Ceux-ci, soutient-il, constituent [TRADUCTION] «[des] déclaration[s] religieuse[s] faite[s] en toute honnêteté», ajoutant qu'il n'appartient pas à notre Cour de décider quelle religion il faut professer.

66

67

68

69

70

71 I agree with his statement about the role of the Court. In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, I stated that, assuming the sincerity of an asserted religious belief, it was not open to the Court to question its validity. It was sufficient to trigger constitutional scrutiny if the effect of the impugned act or provision interfered with an individual's religious activities or convictions.

72 The essence of freedom of religion was encapsulated in the following passage from Dickson J.'s reasons in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination.

Indeed, this Court has affirmed that freedom of religion ensures that every individual must be free to hold and to manifest without State interference those beliefs and opinions dictated by one's conscience. This freedom is not unlimited, however, and is restricted by the right of others to hold and to manifest beliefs and opinions of their own, and to be free from injury from the exercise of the freedom of religion of others. Freedom of religion is subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health or morals and the fundamental rights and freedoms of others.

73 This said, a broad interpretation of the right has been preferred, leaving competing rights to be reconciled under the s. 1 analysis elaborated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, decided after *Big M*. This approach was adopted by the majority in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, which refused to

Je souscris à son énoncé sur le rôle de la Cour. Dans *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, j'ai dit qu'en supposant que la croyance religieuse exprimée était sincère, il n'était pas loisible à la Cour d'en mettre en doute la validité. Si l'acte ou la disposition qu'on attaque a pour effet de porter atteinte aux activités ou aux convictions religieuses d'une personne, cela est suffisant pour donner lieu à un examen constitutionnel.

L'essence de la liberté de religion est résumée dans l'extrait suivant des motifs du juge Dickson, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336:

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.

En réalité, notre Cour a confirmé que la liberté de religion garantit que chacun est libre d'embrasser et de professer, sans ingérence de l'État, les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience. Cette liberté n'est toutefois pas absolue, étant restreinte par le droit des autres personnes d'embrasser et de professer leurs propres croyances et opinions, et de ne pas être lésées par l'exercice de la liberté de religion d'autrui. La liberté de religion est soumise aux restrictions nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre, la santé ou la moralité publics, ainsi que les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Cela dit, on privilégie une interprétation large du droit en cause, les droits opposés devant être conciliés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier qui a été conçue dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, rendu après l'arrêt *Big M*. Ce point de vue a été adopté par la Cour à la majorité dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of*

formulate internal limits to the scope of freedom of religion. Speaking for the majority, I there stated, at pp. 383-84:

This Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*; . . .

In my view, it appears sounder to leave to the state the burden of justifying the restrictions it has chosen. Any ambiguity or hesitation should be resolved in favour of individual rights. Not only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights than s. 2(a). As Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra*, *supra*, while it is not logically necessary to rule out internal limits within s. 2, it is analytically practical to do so. . . .

This mode of approach is analytically preferable because it gives the broadest possible scope to judicial review under the *Charter* (see *B. (R.)*, at p. 389), and provides a more comprehensive method of assessing the relevant conflicting values. It is right to say, however, that the first sentence in the above quotation may appear to be at odds with the approach adopted in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, where the Court was called upon to assess the application of the principle of court orders given in the best interests of the child as they affected the religious views and practices of a non-custodial parent. In that case, it seems to me, the interference with the non-custodial parent's rights was at best tangential. Under the *Divorce Act*, Parliament has set up a scheme intended to be in the best interests of a child which gives the courts discretion to assign custody to one (or both) of the parents and to permit the non-custodial parent access to the child. Exercise of these discretionary powers are as noted based solely on the best interests of the child and can be subjected to conditions to ensure that end, including in appropriate circumstances preventing the imposition of religious views of the non-custodial parent on the child, which was the issue in *Young*. Unless one is prepared to question the entire scheme devised by

Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315, où l'on a refusé d'établir des limites internes à la portée de la liberté de religion. J'affirme ceci, au nom de la majorité, aux pp. 383 et 384:

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte*; . . .

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2b) pour soupeser des droits opposés. Comme le juge en chef Dickson l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, bien qu'il ne soit pas logiquement nécessaire d'écarter des limites internes à l'art. 2, il est pratique de le faire sur le plan analytique . . .

Cette méthode est préférable sur le plan analytique parce qu'elle donne au contrôle judiciaire en vertu de la *Charte* la plus large portée possible (voir l'arrêt *B. (R.)*, à la p. 389) et fournit une méthode plus complète d'évaluation des valeurs opposées pertinentes. Toutefois, on a raison de dire que la première phrase du passage précité peut sembler contredire le point de vue adopté dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, où la Cour devait se prononcer sur l'application du principe des ordonnances judiciaires rendues dans l'intérêt de l'enfant dans la mesure où elles touchent les opinions et pratiques religieuses du parent qui n'en a pas la garde. Dans cette affaire, me semble-t-il, l'atteinte aux droits du parent non gardien était tout au plus indirecte. Dans la *Loi sur le divorce*, le législateur a, dans l'intérêt de l'enfant, établi un régime conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'en attribuer la garde à l'un des parents, ou aux deux, et d'accorder un droit d'accès au parent non gardien. L'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires est fondé, rappelons-le, sur le seul intérêt de l'enfant et peut être assujéti à des conditions à cette fin, y compris, lorsque cela est indiqué, l'interdiction faite au parent qui n'a pas la garde de l'enfant de lui imposer ses opinions religieuses, ce qui constituait l'objet du litige dans

Parliament, it is difficult to see how the proper exercise of the discretion can be attacked on the basis of visitation "rights" that are granted solely on the basis of the best interests of the child. It is true that the judgments of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. also placed reliance on the factors set forth in *Big M*, but these are really an earlier and simpler formulation of values later incorporated in the more complex s. 1 formulation devised in *Oakes*. So while there may be a difference in form, there is really no conflict between *Young* and *B. (R.)*. It is noteworthy, however, that under *B. (R.)*, consistently with *Young*, it may not always be necessary to have resort to the full panoply of tests elaborated in *Oakes*. At page 385 of that case, I stated:

This is not to say that an elaborate examination of the criteria established in *R. v. Oakes, supra*, will always be necessary. The effect on religious beliefs will often be so insubstantial, having regard to the nature of the legislation, that *Charter* concerns will obviously be overridden.

75

What has to be kept in mind is that all rights under the *Charter* are guaranteed by s. 1 subject to the limitations there described. The important thing is that the competing values of a free and democratic society have to be adequately weighed in the appropriate context. I need not further explore when or under what circumstances a more peremptory process may be justifiable. I do refer again to Dickson C.J.'s remarks in *Keegstra* that while it is not logically necessary to rule out internal limits within s. 2 it is analytically practical to do so. That approach seems to me compelling in the present case where the respondent's claim is to a serious infringement of his rights of expression and of religion in a context requiring a detailed contextual analysis. In these circumstances, there can be no doubt that the detailed s. 1 analytical approach developed by this Court provides a more practical and comprehensive mechanism, involv-

l'arrêt *Young*. À moins d'être disposé à mettre en question l'ensemble du régime établi par le législateur, il est difficile de voir comment l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire peut être attaqué sur la base des «droits» de visite accordés dans le seul intérêt de l'enfant. Il est vrai que, dans leurs motifs, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont également invoqué les facteurs énoncés dans l'arrêt *Big M*, mais ceux-ci ne sont en réalité qu'une formulation plus simple des valeurs qui ont, par la suite, été incorporées dans la formulation plus complexe relative à l'article premier que l'on trouve dans l'arrêt *Oakes*. Ainsi, bien qu'il existe une différence de forme, il n'y a en réalité aucun conflit entre les arrêts *Young* et *B. (R.)*. Cependant, il vaut la peine de souligner que, suivant l'arrêt *B. (R.)* tout comme l'arrêt *Young*, il se peut qu'il ne soit pas toujours nécessaire de recourir à toute la panoplie des critères établis dans l'arrêt *Oakes*. Comme je l'affirme, à la p. 385 de l'arrêt *B. (R.)*:

Cela ne signifie pas qu'il sera toujours nécessaire de procéder à un examen approfondi des critères établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. L'effet sur les croyances religieuses sera souvent si négligeable, eu égard à la nature de la mesure législative en cause, que les préoccupations fondées sur la *Charte* seront de toute évidence supplantées.

Il faut se rappeler que tous les droits protégés par la *Charte* sont garantis par l'article premier sous réserve des restrictions qui y sont prévues. Ce qui importe, c'est que les valeurs opposées d'une société libre et démocratique soient bien soupesées dans le contexte approprié. Je n'ai pas à examiner davantage les circonstances dans lesquelles un processus plus péremptoire peut être justifiable. Je renvoie encore là aux remarques du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, selon lesquelles bien qu'il ne soit pas logiquement nécessaire d'écarter des limites internes à l'art. 2, il est pratique de le faire sur le plan analytique. Ce point de vue me semble s'imposer dans le présent pourvoi où l'intimé allègue une atteinte grave à ses droits à la liberté d'expression et de religion dans des circonstances nécessitant une analyse contextuelle détaillée. Dans ces circonstances, il ne fait aucun doute que la méthode analytique détaillée que

ing review of a whole range of factors for the assessment of competing interests and the imposition of restrictions upon individual rights and freedoms.

I conclude that the order infringes the respondent's freedom of expression and freedom of religion, and the issue, then, is whether this infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

E. Section 1 of the Charter

In *Oakes*, *supra*, at p. 136, Dickson C.J. stated that in determining whether *Charter* rights and freedoms should be limited,

[t]he Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

Ultimately, any attempt to determine whether the order is a justifiable infringement of the respondent's freedom of expression and of religion must involve a weighing of these essential values and principles, namely the accommodation of a wide variety of beliefs on the one hand and respect for cultural and group identity, and faith in social institutions that enhance the participation of individuals and respect for the inherent dignity of the human person on the other.

The factors to be considered in applying the *Oakes* test have frequently been reviewed, most recently in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, where both the

notre Cour a établie sous le régime de l'article premier constitue un mécanisme plus pratique et complet qui comporte l'examen de toute une gamme de facteurs aux fins de l'appréciation d'intérêts opposés et de l'imposition de restrictions à des droits et libertés individuels.

Je conclus que l'ordonnance porte atteinte aux libertés d'expression et de religion de l'intimé. Il s'agit maintenant de savoir si cette atteinte est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

E. L'article premier de la Charte

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136, le juge en chef Dickson affirme que, pour déterminer s'il y a lieu de restreindre des droits et libertés garantis par la *Charte*,

[l]es tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

En dernière analyse, toute tentative de déterminer si l'ordonnance constitue une atteinte justifiable aux libertés d'expression et de religion de l'intimé doit comporter une évaluation de ces valeurs et principes essentiels, savoir l'acceptation d'une grande diversité de croyances, d'une part, et le respect de chaque culture et de chaque groupe, ainsi que la foi dans les institutions sociales qui favorisent la participation des individus et le respect de la dignité inhérente de l'être humain, d'autre part.

Les facteurs qu'il faut prendre en considération en appliquant le critère de l'arrêt *Oakes* ont été souvent examinés, notamment dans l'arrêt tout récent *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur*

76

77

78

majority and minority agreed that an approach involving a “formalistic ‘test’ uniformly applicable in all circumstances” must be eschewed. Rather, the *Oakes* test should be applied flexibly, so as to achieve a proper balance between individual rights and community needs. In undertaking this task, courts must take into account both the nature of the infringed right and the specific values the state relies on to justify the infringement. This involves a close attention to context. McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, reiterated her statement in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47, that conflicting values must be placed in their factual and social context when undertaking a s. 1 analysis.

général), [1995] 3 R.C.S. 199, où tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont convenu qu’il fallait éviter d’adopter un «critère» formaliste qui s’appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances». Le critère de l’arrêt *Oakes* devrait, au contraire, s’appliquer avec souplesse, de manière à établir un juste équilibre entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Dans cette tâche, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que le ministère public invoque pour justifier la violation. Cela exige qu’on examine de près le contexte. Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin a réitéré l’énoncé qu’elle avait fait dans l’arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247, selon lequel il faut situer les valeurs opposées dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à une analyse fondée sur l’article premier.

79 In addressing this contextual analysis, the appellant Human Rights Commission invited us to consider three contexts it deemed relevant to such an analysis, namely, the educational context, the employment context, and the anti-Semitism context. I shall consider these in turn.

Dans le cadre de cette analyse contextuelle, l’appelante la Commission des droits de la personne nous a invités à prendre en considération trois contextes qu’elle jugeait pertinents à cette fin, savoir le contexte de l’éducation, celui de l’emploi et celui de l’antisémitisme. Je vais examiner chacun de ces contextes à tour de rôle.

80 In relation to the educational context, the Commission discussed modern educational theory which stresses “the inculcation of those fundamental values upon which a democratic polity rests” as a central function of a public school. It also referred to the Government of New Brunswick’s Ministerial Statement, the guiding principles of which include the following: that every individual has a right to be educated in a school system that is free from bias, prejudice and intolerance; that any manifestation of discrimination on the basis of gender, race, ethnicity, culture or religion by any persons in the public school system is not acceptable; and that school programs and practices promote students’ self-esteem and assist in developing a pride in one’s own culture and heritage.

En ce qui concerne le contexte de l’éducation, la Commission des droits de la personne a analysé la théorie pédagogique moderne qui insiste sur le fait que l’une des fonctions principales de l’école publique est [TRADUCTION] «d’inculquer les valeurs fondamentales qui sous-tendent un régime démocratique». Elle a aussi mentionné l’énoncé ministériel du gouvernement du Nouveau-Brunswick, dont les principes directeurs sont notamment les suivants: toute personne a le droit d’être instruite dans un système scolaire où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé ni aucune intolérance; aucune discrimination fondée sur le sexe, la race, l’origine ethnique, la culture ou la religion dans le système scolaire public n’est acceptable; les méthodes et programmes scolaires doivent promouvoir l’estime de soi chez les élèves et aider à susciter chez eux la fierté de leur propre culture et de leur propre patrimoine.

These considerations seem to me to be highly relevant. In discussing the interest of the State in the education of its citizens in *Jones, supra*, at p. 296, I stated that “[w]hether one views it from an economic, social, cultural or civic point of view, the education of the young is critically important in our society”. And I adopted at p. 297 much of what was said in the American case of *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), in the following passage, at p. 493:

Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. . . . It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment.

The importance of the provision of education by the state, and the Government of New Brunswick’s commitment to eradicating discrimination in the public school system must inform our constitutional review of the order, which, it will be remembered, was made to remedy practices in the provision of educational services found to be discriminatory.

There can be no doubt that the attempt to foster equality, respect and tolerance in the Canadian educational system is a laudable goal. But the additional driving factor in this case is the nature of the educational services in question: we are dealing here with the education of young children. While the importance of education of all ages is acknowledged, of principal importance is the education of the young. As stated in *Brown, supra*, education awakens children to the values a society hopes to foster and to nurture. Young children are especially vulnerable to the messages conveyed by their teachers. They are less likely to make an intellectual distinction between comments a teacher makes in the school and those the teacher makes outside the school. They are, therefore, more likely to feel threatened and isolated by a teacher who makes comments that denigrate personal characteristics of a group to which they belong. Furthermore, they are unlikely to distin-

Ces considérations me semblent fort pertinentes. En analysant l’intérêt de l’État dans l’éducation de ses citoyens dans l’arrêt *Jones*, précité, j’ai affirmé, à la p. 296, que peu importe «[q]ue l’on se place d’un point de vue économique, social, culturel ou communautaire, l’éducation des jeunes est primordiale dans notre société». Et, à la p. 297, j’ai fait mienne une grande partie de ce qui a été dit dans l’extrait suivant de l’arrêt américain *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), à la p. 493:

[TRADUCTION] De nos jours, l’éducation est sans doute la plus importante fonction des gouvernements locaux et d’État. [. . .] C’est la fondation même de toute citoyenneté solide. Aujourd’hui, il s’agit d’un des principaux instruments pour éveiller l’enfant aux valeurs culturelles, pour le préparer à une formation professionnelle ultérieure et pour l’aider à s’adapter normalement à son milieu.

L’importance du rôle de l’État en matière d’éducation et l’engagement du gouvernement du Nouveau-Brunswick à éliminer la discrimination dans le système scolaire public doivent guider notre examen constitutionnel de l’ordonnance, qui, rappelons-le, visait à corriger certaines pratiques jugées discriminatoires dans la prestation de services éducatifs.

Il ne fait aucun doute que tenter de promouvoir l’égalité, le respect et la tolérance dans le système d’enseignement canadien est un objectif louable. Toutefois, l’autre facteur déterminant en l’espèce est la nature des services éducatifs en question: il s’agit ici de l’éducation de jeunes enfants. Bien que l’on reconnaisse l’importance de l’éducation à tous les âges, celle des jeunes revêt une importance primordiale. Comme on l’a dit dans l’arrêt *Brown*, précité, l’éducation éveille les enfants aux valeurs que la société espère promouvoir et développer. Les jeunes enfants sont particulièrement vulnérables aux messages transmis par leurs enseignants. Ils sont moins susceptibles de faire une distinction intellectuelle entre les remarques qu’un enseignant fait à l’école et celles qu’il fait à l’extérieur de l’école. Ils sont donc plus susceptibles de se sentir menacés et isolés par un enseignant qui dénigre les caractéristiques personnelles du groupe auquel ils appartiennent. De plus, ils ne distinguent-

guish between falsehoods and truth and more likely to accept derogatory views espoused by a teacher. The importance of ensuring an equal and discrimination free educational environment, and the perception of fairness and tolerance in the classroom are paramount in the education of young children. This helps foster self-respect and acceptance by others.

ront vraisemblablement pas ce qui est faux de ce qui est vrai et seront plus susceptibles d'accepter les opinions méprisantes d'un enseignant. La création d'un milieu d'enseignement non discriminatoire où règne l'égalité et l'instauration d'un climat d'équité et de tolérance dans la classe revêtent une importance prépondérante dans l'éducation des jeunes enfants. Cela aide à promouvoir le respect de soi et l'acceptation par autrui.

83 It is this context that must be invoked when balancing the respondent's freedom to make discriminatory statements against the right of the children in the School Board "to be educated in a school system that is free from bias, prejudice and intolerance", a right that is underscored by s. 5(1) of the Act and entrenched in s. 15 of the *Charter*.

C'est dans ce contexte qu'il faut établir un équilibre entre la liberté de l'intimé de faire des déclarations discriminatoires et le droit des enfants du conseil scolaire «d'être instruit[s] dans un système scolaire où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé ni aucune intolérance», droit souligné par le par. 5(1) de la Loi et consacré à l'art. 15 de la *Charte*.

84 The second context, the employment context, is relevant to the extent that the State, as employer, has a duty to ensure that the fulfilment of public functions is undertaken in a manner that does not undermine public trust and confidence. The appellant Commission submits that the "standard of behaviour which a teacher must meet is greater than the minimum standard of conduct otherwise tolerated, given the public responsibilities which a teacher must fulfil and the expectations which the community holds for the educational system".

Le second contexte, celui de l'emploi, est pertinent dans la mesure où l'État, à titre d'employeur, est tenu de veiller à ce que les fonctions publiques soient exercées de manière à ne pas saper la confiance du public. L'appelante la Commission des droits de la personne soutient que [TRADUCTION] «la norme de conduite à laquelle doit satisfaire un enseignant est plus élevée que la norme minimale de conduite par ailleurs tolérée, étant donné les responsabilités publiques qui lui incombent et les attentes de la collectivité relativement au système d'éducation».

85 More than being solely employees of the State, teachers are also employees of a particular school board. As such, a teacher's freedoms must be balanced against the right of school boards to operate according to their own mandates. Recalling New Brunswick's Ministerial Statement, this means that the interest of School District No. 15 to provide a school system free from bias, prejudice and intolerance must be balanced against the respondent's right to manifest his religious beliefs and express his particular views.

Loin d'être simplement un employé de l'État, l'enseignant est aussi l'employé d'un conseil scolaire. À ce titre, ses libertés doivent être pondérées en fonction du droit du conseil scolaire de remplir son propre mandat. Compte tenu de l'énoncé ministériel du Nouveau-Brunswick, cela signifie qu'il faut établir un équilibre entre l'intérêt du district scolaire n° 15 dans le maintien d'un système scolaire où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé ni aucune intolérance et le droit de l'intimé de manifester ses croyances religieuses et d'exprimer ses propres opinions.

86 The final context the Commission has asked us to consider is the anti-Semitism context. The gist

Le dernier contexte que la Commission des droits de la personne nous a demandé de considé-

of its submission is expounded in the following passage from its factum:

After Auschwitz it is simply not feasible to consider the constitutional values of freedom of expression and freedom of religion where these are proclaimed to shield anti-Semitic conduct, without contemplating the centrality of that ideology to the scourge of death and destruction which swept across Europe during the era of the Third Reich.

In assessing this submission, it is helpful to refer to *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, where Dickson C.J. stated, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

This direction is especially applicable in this appeal. The order rendered by the Board was made to remedy the discrimination it found to be manifest within the public school system of New Brunswick that targeted Jews, an historically disadvantaged group that has endured persecution on the largest scale. The respondent must not be permitted to use the *Charter* as an instrument to “roll back” advances made by Jewish persons against discrimination.

This context relates to one further consideration that must inform a contextual approach under s. 1. It must be recognized that human rights tribunals have played a leading role in the development of the law of discrimination, and this is reflected in the jurisprudence of this Court both in the area of human rights and under the *Charter*. This Court should proceed under s. 1 with recognition of the sensitivity of human rights tribunals in this area, and permit such recognition to inform this Court’s determination of what constitutes a justifiable infringement of the *Charter*.

rer est celui de l’antisémitisme. On trouve l’essentiel de son argument à cet égard dans l’extrait suivant de son mémoire:

[TRADUCTION] Après Auschwitz, il n’est tout simplement plus possible d’examiner les valeurs constitutionnelles de la liberté d’expression et de la liberté de religion, lorsque celles-ci sont invoquées pour protéger un comportement antisémite, sans songer au rôle central qu’a joué cette idéologie dans le fléau qui s’est abattu sur l’Europe à l’époque du Troisième Reich, y semant la mort et la destruction.

Pour apprécier cet argument, il est utile de se reporter à l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, où le juge en chef Dickson affirme, à la p. 779:

Je crois que lorsqu’ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu’elle ne devienne pas simplement l’instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l’objet est d’améliorer le sort des moins favorisés.

Cette directive est particulièrement applicable en l’espèce. L’ordonnance rendue par la commission d’enquête visait à remédier à la discrimination qu’elle avait constatée dans le système scolaire public du Nouveau-Brunswick et dont étaient victimes les Juifs, groupe historiquement désavantagé qui avait subi des persécutions de la plus grande envergure. Il ne doit pas être permis à l’intimé de se servir de la *Charte* pour écarter les progrès que les Juifs ont réalisés dans leur lutte contre la discrimination.

Ce contexte nous amène à une autre considération qui doit éclairer l’analyse contextuelle fondée sur l’article premier. Il faut reconnaître le rôle de premier plan que les tribunaux des droits de la personne ont joué dans l’évolution du droit en matière de discrimination, ce que reflète la jurisprudence de notre Cour tant en ce qui touche les droits de la personne qu’en ce qui touche la *Charte*. Notre Cour devrait, sous le régime de l’article premier, reconnaître que les tribunaux des droits de la personne sont sensibilisés à ces questions et tenir compte de cette reconnaissance pour déterminer ce qui constitue une violation justifiable de la *Charte*.

88

In *RJR-MacDonald*, *supra*, I noted that “the evidentiary requirements under s. 1 will vary substantially depending upon both the nature of the legislation and the nature of the right infringed” (p. 272). The next consideration under a s. 1 analysis, then, is the nature of the legislation and of the right(s) infringed. To this end, McLachlin J. in *RJR-MacDonald* stated that “greater deference to Parliament or the Legislature may be appropriate if the law is concerned with the competing rights between different sectors of society than if it is a contest between the individual and the state” (p. 331). In this appeal, the Board’s order, like its constituent legislation, is concerned with the competing interests of different individuals and attempts to balance the eradication of discrimination against the rights of other individuals. In fact, in making the order, the Board carefully considered the effect on the respondent, and determined that it was a necessary consequence in providing relief from the discrimination. In this appeal, the order made pursuant to the finding of discrimination reflects that balancing. The Board balanced the respondent’s freedoms against the ability of the School Board to provide a discrimination-free environment and against the interests of Jewish students.

89

The nature of the rights allegedly infringed in this case is of equal significance. In my reasons in *RJR-MacDonald*, *supra*, I stated that the “core” values of freedom of expression include “the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process” (p. 280). This Court has subjected state action limiting such values to “a searching degree of scrutiny” (p. 281). This standard of scrutiny is not to be applied in all cases, however, and when the form of expression allegedly impinged lies further from the “core” values

Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, je souligne que «les exigences en matière de preuve sous le régime de l’article premier varieront beaucoup en fonction de la nature de la loi et du caractère du droit atteint» (p. 272). Le facteur suivant dont il faut tenir compte dans une analyse fondée sur l’article premier est donc la nature de la loi et du droit ou des droits atteints. À cette fin, le juge McLachlin affirme, à la p. 331 de l’arrêt *RJR-MacDonald*, qu’«il y aurait lieu de faire preuve d’un plus grand respect pour le législateur fédéral ou provincial dans le cas où une loi vise les droits contradictoires de divers secteurs de la société, que dans le cas où il s’agit d’une contestation entre le particulier et l’État». Dans le présent pourvoi, l’ordonnance de la commission d’enquête, tout comme la loi en vertu de laquelle elle a été rendue, porte sur les intérêts opposés de différentes personnes et tente d’évaluer l’élimination de la discrimination en fonction des droits d’autrui. En fait, en rendant son ordonnance, la commission a examiné soigneusement l’incidence qu’elle aurait sur l’intimé et a décidé que c’était là une conséquence nécessaire d’une mesure destinée à remédier à la discrimination. En l’espèce, l’ordonnance fondée sur la conclusion à l’existence de discrimination reflète cette évaluation. La commission d’enquête a évalué les libertés de l’intimé en fonction de l’aptitude du conseil scolaire à assurer l’existence d’un milieu exempt de discrimination, et en fonction des intérêts des élèves juifs.

La nature des droits qui auraient été violés en l’espèce est tout aussi importante. Dans les motifs que j’ai rédigés dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, j’ai dit que les valeurs fondamentales de la liberté d’expression incluaient «la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l’autonomie et de l’enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique» (pp. 280 et 281). Notre Cour procède à un «examen rigoureux» (p. 281) des mesures gouvernementales qui limitent ces valeurs. L’application de cette norme d’examen n’est toutefois pas nécessaire dans tous les cas et, lorsque la forme d’expression qui aurait fait l’objet d’un empiètement s’écarte davantage des valeurs

of freedom of expression, a lower standard of justification under s. 1 has been applied.

In *Keegstra, supra*, at p. 764, Dickson C.J. recognized that some forms of expression can undermine our commitment to democracy and found that “[h]ate propaganda works in just such a way, arguing as it does for a society in which the democratic process is subverted and individuals are denied respect and dignity simply because of racial or religious characteristics”. Hate propaganda, he held, strays some distance from the core values of freedom of expression and, consequently, restrictions on expression of that kind might be easier to justify than other infringements on freedom of expression. He stated, at p. 765:

I am very reluctant to attach anything but the highest importance to expression relevant to political matters. But given the unparalleled vigour with which hate propaganda repudiates and undermines democratic values, and in particular its condemnation of the view that all citizens need be treated with equal respect and dignity so as to make participation in the political process meaningful, I am unable to see the protection of such expression as integral to the democratic ideal so central to the s. 2(b) rationale.

Dickson C.J. concluded that expression that promotes the hatred of identifiable groups is of limited importance as measured against freedom of expression values.

Similarly, any restrictions imposed by the order upon the respondent’s freedom of expression should, in my view, attract a less “searching degree of scrutiny” and be easier to justify under s. 1. The Board determined that the primary purpose of the respondent’s form of expression is “to attack the truthfulness, integrity, dignity and motives of Jewish persons” (p. 73). This Court has held that there is very little chance that expression that promotes hatred against an identifiable group is true. Such expression silences the views of those in the target group and thereby hinders the free exchange

fondamentales de la liberté d’expression, on a recouru à une norme moins stricte de justification au sens de l’article premier.

Dans l’arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 764, le juge en chef Dickson a reconnu que certaines formes d’expression peuvent avoir pour effet d’affaiblir notre engagement envers la démocratie, statuant que «[l]a propagande haineuse a précisément cet effet en préconisant une société qui subvertirait le processus démocratique et priverait des individus du respect et de la dignité en raison de leurs caractéristiques raciales ou religieuses». La propagande haineuse, a-t-il conclu, ne fait pas partie des valeurs fondamentales de la liberté d’expression et, par conséquent, il se pourrait que des restrictions imposées à une expression de ce genre soient plus faciles à justifier que d’autres atteintes à la liberté d’expression. Il dit ceci, à la p. 765:

Je suis très réticent à attacher moins que la plus haute importance à l’expression se rapportant aux affaires politiques. Compte tenu toutefois de l’énergie inégale avec laquelle la propagande haineuse répudie et mine les valeurs démocratiques, et conteste notamment l’idée que le respect égal et la dignité égale pour tous les citoyens sont requis pour assurer une participation réelle au processus politique, je ne puis voir la protection de cette expression comme faisant partie intégrante de l’idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d’être de l’al. 2b).

Le juge en chef Dickson a déterminé que l’expression qui foment la haine contre des groupes identifiables ne revêt qu’une importance limitée par rapport aux valeurs qui sous-tendent la liberté d’expression.

De même, toute restriction que l’ordonnance impose à la liberté d’expression de l’intimé devrait, à mon avis, faire l’objet d’un examen moins rigoureux et être plus facile à justifier en vertu de l’article premier. La commission d’enquête a décidé que la forme d’expression de l’intimé vise avant tout à [TRADUCTION] «attaquer la sincérité, l’intégrité, la dignité et les motifs des Juifs» (p. 73). Notre Cour a conclu qu’il y avait très peu de chances qu’une expression qui foment la haine contre un groupe identifiable soit conforme à la vérité. Une telle expression réduit au

of ideas feeding our search for political truth. Ours is a free society built upon a foundation of diversity of views; it is also a society that seeks to accommodate this diversity to the greatest extent possible. Such accommodation reflects an adherence to the principle of equality, valuing all divergent views equally and recognizing the contribution that a wide range of beliefs may make in the search for truth. However, to give protection to views that attack and condemn the views, beliefs and practices of others is to undermine the principle that all views deserve equal protection and muzzles the voice of truth.

92

In relation to the protection of individual autonomy and self-development, a value said to underlie s. 2(b), expression that incites contempt for Jewish people on the basis of an "international Jewish conspiracy" hinders the ability of Jewish people to develop a sense of self-identity and belonging. Again, I refer to the words of Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, who said of the message of hate propaganda, at p. 763:

The extent to which the unhindered promotion of this message furthers free expression values must therefore be tempered in so far as it advocates with inordinate vitriol an intolerance and prejudice which view as execrable the process of individual self-development and human flourishing among all members of society.

93

The final "core" value said to underlie or justify the protection accorded by s. 2(b) is participation in the democratic process. The respondent's expression is expression that undermines democratic values in its condemnation of Jews and the Jewish faith. It impedes meaningful participation in social and political decision-making by Jews, an end wholly antithetical to the democratic process. The expression sought to be protected in this case is, in my view, at best tenuously connected to freedom of expression values.

94

In relation to freedom of religion, any religious belief that denigrates and defames the religious

silence les opinions des membres du groupe visé et entrave ainsi le libre échange d'idées qui alimente notre quête de la vérité politique. Nous vivons dans une société libre fondée sur le pluralisme des opinions; c'est aussi une société qui s'efforce de composer le plus possible avec ce pluralisme. Un tel accommodement reflète une adhésion au principe d'égalité en vertu duquel on accorde la même valeur à toutes les opinions divergentes et on reconnaît la contribution qu'une vaste gamme de croyances peut apporter à la recherche de la vérité. Cependant, protéger des opinions qui attaquent et condamnent les opinions, croyances et pratiques d'autrui revient à miner le principe de la protection égale de toutes les opinions et à museler la vérité.

En ce qui concerne la protection de l'autonomie et de l'épanouissement personnels, valeur dite sous-jacente à l'al. 2b), l'expression qui incite au mépris des Juifs sur la base d'un «complot juif international» nuit à la capacité de ces gens de développer un sentiment d'identité et d'appartenance. De nouveau, je renvoie aux propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, qui dit ceci au sujet du message véhiculé par la propagande haineuse, à la p. 763:

La mesure dans laquelle la libre diffusion de ce message sert à promouvoir les valeurs de la libre expression doit donc être limitée puisqu'elle préconise avec une virulence démesurée, l'intolérance et les préjugés qui tiennent en aversion le processus de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels de tous les membres de la société.

La dernière valeur fondamentale qui, dit-on, sous-tend ou justifie la protection accordée par l'al. 2b) est la participation au processus démocratique. Par sa condamnation des Juifs et de la foi juive, l'expression de l'intimé sape les valeurs démocratiques. Elle empêche les Juifs de participer utilement à la prise de décisions sociales et politiques, ce qui est aux antipodes du processus démocratique. J'estime que l'expression qu'on cherche à protéger en l'espèce n'a tout au plus qu'un lien ténu avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression.

Quant à la liberté de religion, toute croyance religieuse qui dénigre et attaque les croyances reli-

beliefs of others erodes the very basis of the guarantee in s. 2(a) — a basis that guarantees that every individual is free to hold and to manifest the beliefs dictated by one's conscience. The respondent's religious views serve to deny Jews respect for dignity and equality said to be among the fundamental guiding values of a court undertaking a s. 1 analysis. Where the manifestations of an individual's right or freedom are incompatible with the very values sought to be upheld in the process of undertaking a s. 1 analysis, then, an attenuated level of s. 1 justification is appropriate.

With this background, I turn to s. 1 of the *Charter*. This Court in *Oakes, supra*, developed an approach under s. 1 that requires two things be established: the impugned state action must have an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society; and there must be proportionality between the objective and the impugned measure.

I have already discussed the end sought to be achieved by the order, that is to address the specific steps to be taken to remedy the discrimination in the School Board created through the respondent's writings and publications. More generally, the order aims at remedying the discrimination found to have poisoned the educational environment in the School Board.

In *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, Dickson C.J. found that the objective of promoting equal opportunity unhindered by discriminatory practices based on race or religion was pressing and substantial. In arriving at his conclusion, he reviewed the harms caused by messages of hatred, including "substantial psychological distress", pressure to renounce cultural differences, and loss of self-esteem. As well, he noted that the result of such messages may be to increase discrimination. He then referred to the international community's commitment to the eradication of discrimination. To this end, he reviewed the international conventions to which

gieuses d'autrui mine le fondement même de la garantie de l'al. 2a), un fondement qui garantit à chaque personne la liberté d'embrasser et de manifester les croyances que lui dicte sa conscience. L'intimé se sert de ses opinions religieuses pour nier aux Juifs le respect de la dignité et de l'égalité qui, dit-on, comptent parmi les valeurs fondamentales devant guider les tribunaux qui procèdent à une analyse fondée sur l'article premier. Lorsque les manifestations d'un droit ou d'une liberté d'une personne sont incompatibles avec les valeurs mêmes que l'on cherche à maintenir en procédant à une analyse fondée sur l'article premier, il convient de permettre un degré atténué de justification au sens de l'article premier.

Dans ce contexte, j'en viens à l'article premier de la *Charte*. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, notre Cour a adopté, sous le régime de cet article, une méthode qui exige d'établir deux choses: l'objectif de la mesure gouvernementale attaquée doit se rapporter à une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique, et il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif visé et la mesure attaquée.

J'ai déjà analysé le but de l'ordonnance, qui est d'aborder la question des mesures à prendre pour remédier à la discrimination que les écrits et les publications de l'intimé ont créée au sein du conseil scolaire. De façon plus générale, l'ordonnance vise à remédier à la discrimination qui, a-t-on conclu, a empoisonné le milieu de l'enseignement du conseil scolaire.

Dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, le juge en chef Dickson a conclu au caractère urgent et réel de l'objectif de promouvoir l'égalité des chances indépendamment de considérations fondées sur la race ou la religion. Pour arriver à cette conclusion, il a passé en revue les préjudices causés par les messages de haine, dont la «profonde détresse psychologique», l'incitation à renoncer aux différences culturelles et la perte d'estime de soi. De même, il a souligné que de tels messages pouvaient entraîner un accroissement de la discrimination. Il a ensuite mentionné l'engagement de la communauté internationale à éliminer la discrimi-

95

96

97

Canada is a signatory and concluded (at p. 920) that they exhibit that the commitment of the international community to the eradication of discrimination extends to prohibiting the dissemination of ideas based on racial or religious superiority. Finally, he stated that ss. 15 and 27 of the *Charter*, in which the values of equality and multiculturalism are enshrined, strengthen the “substantial weight” to be given to the objective of preventing the harmful effects associated with hate propaganda.

98

In my view, all the above factors are relevant in assessing the importance of the objective of the impugned order. In the first place, they assert the fundamental commitment of the international community to the eradication of discrimination in general. Secondly, they acknowledge the pernicious effects associated with hate propaganda, and more specifically, anti-Semitic messages, that undermine basic democratic values and are antithetical to the “core” values of the *Charter*. The Board’s order asserts a commitment to the eradication of discrimination in the provision of educational services to the public. Based upon the jurisprudence, Canada’s international obligations and the values constitutionally entrenched, the objective of the impugned order is clearly “pressing and substantial”.

99

The second part of the s. 1 analysis, the “proportionality test” involves three determinations: that the measure adopted is rationally connected to the objective (rational connection); that the measure impair as little as possible the right or freedom in question (minimal impairment); and that there be proportionality between the effects of the measure and the objective.

(1) Rational Connection

100

As noted by Ryan J. in the Court of Appeal, the Act in question is conciliatory in nature and makes no provision for criminal sanctions. It is, therefore, well suited to encourage reform of invidious discrimination. The Board focused on providing relief

mination. À cet égard, il a examiné les conventions internationales dont le Canada est signataire, concluant (à la p. 920) que celles-ci démontrent que l’engagement de la communauté internationale à éliminer la discrimination va jusqu’à l’interdiction de la diffusion d’idées fondées sur la notion de supériorité raciale ou religieuse. Enfin, il a dit que les art. 15 et 27 de la *Charte*, qui consacrent les valeurs de l’égalité et du multiculturalisme, renforcent «l’importance capitale» qu’il faut accorder à l’objectif de prévention des effets préjudiciables associés à la propagande haineuse.

À mon avis, tous les facteurs qui précèdent sont pertinents pour évaluer l’importance de l’objectif de l’ordonnance attaquée. En premier lieu, ces facteurs traduisent l’engagement fondamental de la communauté internationale à éliminer la discrimination en général. En second lieu, ils reconnaissent les effets perniciose de la propagande haineuse et, plus particulièrement, des messages antisémites, qui sapent les valeurs démocratiques fondamentales et sont aux antipodes des valeurs qui sont au «cœur» de la *Charte*. L’ordonnance de la commission d’enquête traduit un engagement à éliminer la discrimination dans la prestation de services éducatifs au public. Compte tenu de la jurisprudence, des obligations internationales du Canada et des valeurs consacrées dans la Constitution, l’objectif de l’ordonnance attaquée est nettement «urgent et réel».

La seconde partie de l’analyse fondée sur l’article premier, soit l’application du «critère de proportionnalité», exige d’établir trois choses, à savoir que la mesure adoptée a un lien rationnel avec l’objectif en question (le lien rationnel), que cette mesure porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause (l’atteinte minimale), et qu’il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et l’objectif visé.

(1) Le lien rationnel

Comme l’a souligné le juge Ryan de la Cour d’appel, la loi en cause est de nature à promouvoir la conciliation et ne prévoit aucune sanction pénale. Elle est donc bien adaptée pour encourager ceux qui ont un comportement discriminatoire

in crafting its order, and sought, as much as possible, to avoid punitive effects. The Board made a finding that s. 5(1) of the Act “guarantees individuals freedom from discrimination in educational services available to the public”. In order to ensure a discrimination-free educational environment, the school environment must be one where all are treated equally and all are encouraged to fully participate. Teachers must ensure that their conduct transmits this message of equality to the community at large, and are expected to maintain these high standards both in and out of the classroom.

The Board held that the fact that the respondent publicly made anti-Semitic statements contributed to the “poisoned environment” in the school system, and that it was reasonable to anticipate that his statements and writings had influenced the anti-Semitic sentiment in the schools. As to the standard of proof required under s. 1, McLachlin J., in *RJR-MacDonald*, *supra*, stated that proof to the standard of science was not required, and accepted the civil standard of proof on a balance of probabilities. In order to establish a rational connection between the impugned measure and its objective, scientific evidence need not be established. Similarly, in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, Sopinka J. accepted that if it was “reasonable to presume” that there was a causal relationship between the harm and the expression in question, then this was sufficient where a direct link could not be established. In this case, I think it is sufficient that the Board found it “reasonable to anticipate” that there was a causal relationship between the respondent’s conduct and the harm — the poisoned educational environment. In my view, this finding must depend upon the respondent’s maintaining a teaching position. The reason that it is possible to “reasonably anticipate” the causal relationship in this appeal is because of the significant influence teachers exert on their students and the stature associated with the role of a teacher. It is thus necessary to remove the respondent from his teaching position to ensure that no influence of this kind is exerted by him upon his students and

injuste à s’amender. En rédigeant son ordonnance, la commission d’enquête s’est attachée à l’aspect réparateur, s’efforçant le plus possible d’éviter les effets punitifs. Elle a conclu que le par. 5(1) de la Loi [TRADUCTION] «garantit aux individus la liberté contre la discrimination dans les services d’éducation offerts au public». Pour éviter la discrimination, le milieu scolaire doit être un milieu où tous sont traités sur un pied d’égalité et encouragés à participer pleinement. Les enseignants doivent veiller à ce que leur comportement transmette ce message d’égalité à l’ensemble de la collectivité, et on s’attend à ce qu’ils se conforment à ces normes élevées tant en classe qu’à l’extérieur de la classe.

La commission d’enquête a conclu que les déclarations antisémites faites publiquement par l’intimé avaient contribué à créer dans le système scolaire un «milieu empoisonné», et qu’il était raisonnable de s’attendre à ce que ces déclarations et ces écrits influent sur le développement d’un sentiment antisémite dans les écoles. Quant à la norme de preuve requise sous le régime de l’article premier, le juge McLachlin a dit, dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, que c’était non pas la norme applicable en matière scientifique, mais celle à laquelle il faut satisfaire en matière civile, c’est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Pour établir l’existence d’un lien rationnel entre la mesure attaquée et l’objectif qu’elle vise, il n’est pas nécessaire de faire une preuve scientifique. De même, dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, le juge Sopinka a reconnu que s’il était «raisonnable de supposer» l’existence d’un lien causal entre le préjudice et l’expression en cause, cela était alors suffisant dans les cas où il était impossible d’établir l’existence d’un lien direct. En l’espèce, j’estime qu’il est suffisant que la commission d’enquête ait conclu qu’il était «raisonnable de s’attendre» à ce qu’il y ait un lien causal entre le comportement de l’intimé et le mal causé, c.-à-d. le milieu scolaire empoisonné. À mon avis, cette conclusion doit tenir au maintien de l’intimé dans son poste d’enseignant. La raison pour laquelle il est possible de «s’attendre raisonnablement» à l’existence d’un lien causal dans le présent pourvoi s’explique par l’influence importante que

to ensure that the educational services are discrimination-free. The order seeks to remove the respondent from his teaching position through clauses 2(a), (b) and (c). These clauses are rationally connected to the objective of the order.

102 My concerns lie with clause 2(d) of the order, which I reproduce below:

(2) That the School Board:

. . .

(d) terminate Malcolm Ross' employment with the School Board immediately if, at any time during the eighteen month leave of absence or if at any time during his employment in a non-teaching position, he:

(i) publishes or writes for the purpose of publication, anything that mentions a Jewish or Zionist conspiracy, or attacks followers of the Jewish religion, or

(ii) publishes, sells or distributes any of the following publications, directly or indirectly:

— *Web of Deceit*

— *The Real Holocaust (The Attack on Unborn Children and Life Itself)*

— *Spectre of Power*

— *Christianity vs. Judeo-Christianity (The Battle for Truth)*

I will deal with that part of the order under "minimal impairment".

(2) Minimal Impairment

103 In *RJR-MacDonald, supra*, at p. 342, McLachlin J. reasoned that an impairment must be minimal to the extent that it impairs the right no more than is necessary. She stated:

The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they

l'enseignant exerce sur ses élèves, et par le statut associé à son rôle. Il est donc nécessaire de retirer à l'intimé son poste d'enseignant afin d'assurer qu'il n'exerce plus ce genre d'influence sur ses élèves et que les services éducatifs soient exempts de toute discrimination. C'est l'objectif que visent les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance et ces clauses sont rationnellement liées à cet objectif.

Ma préoccupation concerne la clause 2d) de l'ordonnance, que je reproduis ci-après:

[TRADUCTION]

2) Que le conseil scolaire:

. . .

d) mette fin à l'emploi de Malcolm Ross auprès du conseil scolaire immédiatement si, à tout moment pendant le congé sans solde de dix-huit mois, ou si, à tout moment pendant qu'il occupe un poste de non-enseignant:

(i) ou bien il publie ou écrit à des fins de publication tout ouvrage qui mentionne un complot juif ou sioniste, ou attaque les adeptes du judaïsme,

(ii) ou bien il publie, vend ou distribue directement ou indirectement l'une ou l'autre des publications suivantes:

— *Web of Deceit*

— *The Real Holocaust (The Attack on Unborn Children and Life Itself)*

— *Spectre of Power*

— *Christianity vs. Judeo-Christianity (The Battle for Truth)*

J'aborderai cette partie de l'ordonnance sous la rubrique de l'atteinte minimale.

(2) L'atteinte minimale

Aux pages 342 et 343 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin explique que la restriction doit être minimale de façon à que l'atteinte au droit ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Elle ajoute:

Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas

can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . .

In arriving at its order, the Board considered the alternatives available to remedy the discrimination. It concluded that the removal of the respondent from the classroom was “[t]he only viable solution” (p. 89). In the course of examining alternative solutions, the Board found that the situation could not be corrected through an apology and renunciation of his views by the respondent. Nor could it be corrected through continual monitoring of the respondent’s classroom, as the Board considered the influence of a teacher to be “so much more complex than the formal content of any subject matter taught by the teacher” (p. 89). The Board also rejected the exclusion of Jewish children from the respondent’s class or school, emphasizing the importance of accessibility to schools within a public school system. Finally, it concluded that the situation could not be dealt with through monetary compensation to Attis for pain and suffering.

In making its order, the Board stated (at p. 88):

This Board of Inquiry has carefully reviewed the writings and statements of Malcolm Ross and his reaction to directions from the School Board to refrain from such writings and publications. Malcolm Ross’ commitment to his beliefs and intent to publicly proclaim these beliefs through his writings, even following clear direction from the School Board, is obvious.

The order, in clauses 2(a), (b) and (c), was carefully tailored to accomplish its specific objective, i.e. “to remedy the discriminatory situation in School District 15 created through the writings and publications of Malcolm Ross” (p. 85). Any punitive effect is merely incidental. In my view, clauses 2(a), (b) and (c) minimally impair the respondent’s freedom of expression and freedom of religion. In relation to clause 2(d), however, I arrive at a different conclusion.

qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation . . .

Pour rédiger son ordonnance, la commission d’enquête a examiné les diverses possibilités de remédier à la discrimination. Elle a conclu que le retrait de l’intimé de la salle de classe était [TRADUCTION] «[l]a seule solution viable» (p. 89). En examinant les solutions de rechange possibles, la commission a décidé que la situation ne pouvait pas être corrigée par des excuses et une renonciation de l’intimé à ses idées. Elle ne pouvait pas non plus être corrigée par la surveillance continue de l’enseignement de l’intimé, vu que la commission considérait que l’influence d’un enseignant est [TRADUCTION] «beaucoup plus complexe que le contenu formel d’un cours qu’il enseigne» (p. 89). La commission a également rejeté l’idée d’exclure les enfants juifs de la classe de l’intimé ou de l’école, en soulignant l’importance de l’accessibilité aux écoles dans un système scolaire public. Enfin, elle a conclu que la situation ne pouvait pas être corrigée par le versement d’une indemnité à Attis pour les douleurs et les souffrances subies.

En rendant son ordonnance, la commission d’enquête affirme (à la p. 88):

[TRADUCTION] La présente commission d’enquête a soigneusement examiné les écrits et les déclarations de Malcolm Ross et sa réaction aux instructions du conseil scolaire de cesser de diffuser de tels écrits et publications. Les convictions de Malcolm Ross et son intention de les proclamer publiquement par ses écrits, même en présence d’instructions claires du conseil scolaire, sont évidentes.

Les clauses 2a), b) et c) ont donc été soigneusement conçues pour réaliser l’objectif spécifique de l’ordonnance, qui était de [TRADUCTION] «corriger la situation discriminatoire créée dans le district scolaire n° 15 par les écrits et les publications de Malcolm Ross» (p. 85). Tout effet punitif est purement accessoire. À mon avis, les clauses 2a), b) et c) portent atteinte de façon minimale aux libertés d’expression et de religion de l’intimé. Ma conclusion est toutefois différente en ce qui a trait à la clause 2d).

106 The Board found (at p. 89) that:

Section 5 [of the Act] strives for a discrimination-free environment in the school system so that everyone within School District 15 can enjoy the public educational services provided by the School Board without discrimination.

Malcolm Ross, by his writings and his continued attacks, has impaired his ability as a teacher and cannot be allowed to remain in that position if a discrimination-free environment is to exist.

The Board, on the basis of the evidence before it, found that the respondent had to be moved out of his teaching position: by occupying a position of great influence, his presence contributed to a discriminatory educational environment. The Board did not find that the respondent's presence in a non-teaching position would compromise the ability of the School Board to create a discrimination-free environment. Indeed their order made provision for the possibility that the respondent would occupy a non-teaching position.

107 It may be that the continued presence of the respondent in the School Board produces a residual poisoned effect, even after he is removed from a teaching position, and it may be that this is what clause 2(d) seeks to address. Given the respondent's high profile and long teaching career, I acknowledge that the problem in the School District could remain for some time. However, the evidence does not support the conclusion that the residual poisoned effect would last indefinitely once Ross has been placed in a non-teaching role. For that reason, clause 2(d) which imposes a permanent ban does not minimally impair the respondent's constitutional freedoms. Clause 2(d) is not justified under s. 1.

(3) Proportionality Between Effects of Order and Objective

108 The deleterious effects of clauses 2(a), (b) and (c) of the order upon the respondent's freedom of expression and freedom of religion are limited to the extent necessary to the attainment of their purpose. The respondent is free to exercise his fundamental freedoms in a manner unrestricted by this

La commission d'enquête conclut (à la p. 89):

[TRADUCTION] L'article 5 [de la Loi] favorise un milieu scolaire exempt de discrimination de manière que chacun dans le district scolaire n° 15 puisse profiter sans discrimination des services publics d'éducation fournis par le conseil scolaire.

Par ses écrits et ses attaques continuelles, Malcolm Ross a diminué sa capacité en tant qu'enseignant et on ne peut lui permettre de continuer d'occuper ce poste si un milieu exempt de discrimination doit exister.

Se fondant sur la preuve qui lui a été soumise, la commission d'enquête a statué que l'intimé devait cesser d'occuper son poste d'enseignant: sa présence à ce poste fort influent a contribué à la création d'un milieu scolaire discriminatoire. La commission n'a pas conclu que le fait pour l'intimé d'occuper un poste de non-enseignant compromettrait la capacité du conseil scolaire de créer un milieu exempt de discrimination. En fait, son ordonnance prévoyait que l'intimé pourrait occuper un poste de non-enseignant.

Il se peut que le maintien de l'intimé au sein du conseil scolaire ait un effet résiduel empoisonné même après son retrait de l'enseignement, et c'est peut-être ce que la clause 2d) vise à éviter. Je reconnais qu'en raison de la grande visibilité de l'intimé et de sa longue carrière d'enseignant, le problème, au conseil scolaire, pourrait subsister pendant un certain temps. Toutefois, la preuve n'étaye pas la conclusion que l'effet résiduel empoisonné durerait indéfiniment après l'affectation de Ross à un poste de non-enseignant. Pour ce motif, la clause 2d) qui impose une interdiction permanente ne porte pas atteinte de façon minimale aux libertés constitutionnelles de l'intimé. La clause 2d) n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

(3) La proportionnalité entre les effets de l'ordonnance et son objectif

Les effets pernicieux des clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance sur les libertés d'expression et de religion de l'intimé sont limités à la mesure nécessaire pour réaliser leur objectif. Après avoir quitté son poste d'enseignant, l'intimé sera libre d'exercer ses libertés fondamentales d'une manière non

order, upon leaving his teaching position. These clauses only restrict the respondent's freedoms to the extent that they prohibit the respondent from teaching, based upon the exercise of his freedom of expression and freedom of religion. The respondent is not prevented from holding a position within the School Board if a non-teaching position becomes available; furthermore, he is to be offered a non-teaching position if it becomes available on terms and at a salary consistent with the position. In my view, the objectives of preventing and remedying the discrimination in the provision of educational services to the public outweigh any negative effects on the respondent produced by these clauses.

Given my conclusion that clause 2(d) fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis, it is unnecessary for me to consider it in relation to the proportionality branch. My conclusion, with respect to s. 1, is that clauses 2(a), (b) and (c) of the order are a justified infringement upon the freedom of expression and the freedom of religion of the respondent.

With respect to clause 2(d) of the order, this is an appropriate case in which to apply severance. The principle of severance may be applied to the order of an administrative tribunal on the same basis that the *Charter* applies to the order in the first place; any part of the order that is inconsistent with the *Charter* is beyond the jurisdiction of the Board and cannot stand. I would note, however, that severance may not be available in every case involving an administrative tribunal's order. The degree of tailoring of a tribunal's order to the individual case requires that it be clearly established that the part of the order sought to be severed does not interfere with the operation of the parts that remain. In this case, clause 2(d) is not so inextricably bound up with the valid clauses in 2(a), (b) and (c) that what remains will not independently survive. Thus, clause 2(d) will be severed from the remainder of the order on the basis that it does not constitute a justifiable infringement of the *Charter* and is therefore in excess of the Board's jurisdiction.

restreinte par l'ordonnance. Ces clauses ne restreignent les libertés de l'intimé que dans la mesure où elles lui interdisent d'enseigner en raison de l'exercice de ses libertés d'expression et de religion. Il ne lui sera pas interdit de travailler au sein du conseil scolaire si un poste de non-enseignant s'ouvre; de plus, un tel poste devra, le cas échéant, lui être offert à des conditions et à un salaire compatibles avec le poste. À mon avis, les objectifs de prévenir la discrimination dans la prestation de services éducatifs au public, et d'y remédier, l'emportent sur les effets négatifs que ces clauses peuvent avoir sur l'intimé.

Étant donné ma conclusion que la clause 2d) ne satisfait pas au volet «atteinte minimale» de l'analyse fondée sur l'article premier, il n'est pas nécessaire que j'examine cette clause en fonction du volet de la proportionnalité. Ma conclusion, relativement à l'article premier, est que les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance constituent une atteinte justifiée aux libertés d'expression et de religion de l'intimé.

Quant à la clause 2d) de l'ordonnance, c'est un cas qui se prête à l'application du principe de la divisibilité. Ce principe peut s'appliquer à l'ordonnance d'un tribunal administratif au même titre que la *Charte* s'applique à l'ordonnance au départ; toute partie de cette dernière qui est incompatible avec la *Charte* excède la compétence de la commission d'enquête et ne saurait être maintenue. Je ferais toutefois remarquer qu'il n'est pas toujours possible de scinder l'ordonnance d'un tribunal administratif. L'adaptation d'une telle ordonnance au cas particulier qu'elle vise exige qu'on établisse clairement que la partie de l'ordonnance qu'on veut retrancher ne compromet pas l'application des parties restantes. Dans le présent pourvoi, la clause 2d) n'est pas inextricablement liée aux clauses valides 2a), b) et c) au point que ce qui reste ne puisse survivre indépendamment. Par conséquent, la clause 2d) sera retranchée du reste de l'ordonnance pour le motif qu'elle ne constitue pas une atteinte justifiable à la *Charte* et qu'elle excède ainsi la compétence de la commission d'enquête.

109

110

IV. Disposition

111 In my assessment, the evidence reveals that the School Board discriminated within the meaning of s. 5(1) of the Act, with respect to educational services available to the public. The continued employment of the respondent contributed to an invidiously discriminatory or "poisoned" educational environment, as established by the evidence and the Board's finding that it was "reasonable to anticipate" that the respondent's writings and statements influenced the anti-Semitic sentiment. In my opinion, this finding is necessarily linked to the finding that the respondent's statements are "highly public" and that he is a notorious anti-Semite, as well as the supported view that public school teachers assume a position of influence and trust over their students and must be seen to be impartial and tolerant.

112 I have concluded that clauses 2(a), (b) and (c) of the Board of Inquiry's order are properly made within the Board's jurisdiction; any resulting infringement of the respondent's freedom of expression or freedom of religion is a justifiable infringement. Clause 2(d) of the order is not a justifiable infringement of the respondent's fundamental freedoms and is accordingly struck from the remainder of the order.

113 I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore clauses 2(a), (b) and (c) of the order, with costs to the appellant Attis.

Appeal allowed with costs to the appellant Attis.

Solicitors for the appellant Attis: Blake, Cassels & Graydon, Toronto; Joseph E. Weir, Moncton.

Solicitor for the appellant the Human Rights Commission: Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Solicitors for the appellant the Canadian Jewish Congress: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

IV. Dispositif

Selon moi, la preuve révèle que le conseil scolaire a fait preuve de discrimination, au sens du par. 5(1) de la Loi, dans les services éducatifs qu'il offre au public. Le maintien de l'intimé dans son poste a contribué à créer un milieu scolaire injustement discriminatoire ou «empoisonné», d'après la preuve et la conclusion de la commission d'enquête qu'il était «raisonnable de s'attendre» à ce que les écrits et les déclarations de l'intimé influent sur le développement d'un sentiment anti-sémite. À mon avis, cette conclusion est nécessairement liée à celle que les déclarations de l'intimé sont «hautement publiques» et qu'il est lui-même un antisémite notoire, ainsi qu'à l'opinion reconvenue selon laquelle les enseignants des écoles publiques occupent une position d'influence et de confiance par rapport aux élèves et doivent être perçus comme étant impartiaux et tolérants.

J'ai conclu que les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance de la commission d'enquête relèvent de la compétence de celle-ci; toute atteinte qui peut en résulter aux libertés d'expression ou de religion de l'intimé est justifiable. La clause 2d) de l'ordonnance ne constitue pas une atteinte justifiable aux libertés fondamentales de l'intimé et elle est donc retranchée du reste de l'ordonnance.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance, avec dépens en faveur de l'appelant Attis.

Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'appelant Attis.

Procureurs de l'appelant Attis: Blake, Cassels & Graydon, Toronto; Joseph E. Weir, Moncton.

Procureur de l'appelante la Commission des droits de la personne: Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Procureurs de l'appelant le Congrès juif canadien: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the respondent Ross: Douglas H. Christie, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: Dale, Streiman & Kurz, Brampton; David Matas, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies: Arvay, Finlay, Victoria.

Procureur de l'intimé Ross: Douglas H. Christie, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada: Dale, Streiman & Kurz, Brampton; David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne: Arvay, Finlay, Victoria.

Shawn Leon *Appellant*

v.

The United States of America *Respondent*

and between

Shawn Leon *Appellant*

v.

The Minister of Justice *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. LEON

File No.: 24522.

1996: March 20; 1996: April 3.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Extradition — Similar offences committed in Canada and U.S. — U.S. minimum sentence significantly more severe than Canadian sentence — Crown allegedly indicated prior to trial on indictment that extradition hearing would proceed if no guilty plea — Whether Crown's conduct so egregious that extradition should be stayed.

Appellant was charged in Canada with possession of cocaine for the purpose of trafficking. Later, he was indicted in the United States with three similar charges, each carrying a ten-year minimum sentence. Affidavits of the appellant's legal advisers were filed at the extradition hearing. One alleged that the Crown prosecutor had indicated, just prior to the commencement of the trial on the indictment, that the proposed extradition hearing would proceed if the appellant did not plead guilty. At issue is whether the Crown's conduct was so egregious that the extradition of the appellant should be stayed.

Held: The appeal should be dismissed.

Shawn Leon *Appelant*

c.

Les États-Unis d'Amérique *Intimé*

et entre

Shawn Leon *Appelant*

c.

Le ministre de la Justice *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. LEON

N° du greffe: 24522.

1996: 20 mars; 1996: 3 avril.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Extradition — Infractions semblables commises au Canada et aux États-Unis — Peine minimale aux États-Unis beaucoup plus sévère que la peine prévue au Canada — Le ministère public aurait affirmé avant le procès relatif à l'accusation que l'audience d'extradition serait tenue si aucun plaidoyer de culpabilité n'était déposé — La conduite du ministère public est-elle indigne au point qu'il faille arrêter l'extradition?

L'appelant a été accusé au Canada de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a subséquemment été inculpé aux États-Unis de trois accusations semblables, chacune d'elles étant passible d'une peine minimale de dix années d'emprisonnement. Des affidavits des avocats de l'appelant ont été déposés à l'audience d'extradition. Suivant l'un de ces affidavits, le substitut du procureur général aurait affirmé, juste avant que le procès commence relativement à l'accusation, que si l'appelant ne plaiderait pas coupable l'audience d'extradition envisagée serait tenue. Il s'agit de savoir si la conduite du ministère public est indigne au point qu'il faille arrêter l'extradition de l'appelant.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The facts do not disclose any lack of good faith. The affidavits disclosed no misconduct, let alone egregious misconduct, on the part of the Crown. At most, they indicated that an offer was made that the extradition proceedings would be stayed in exchange for a plea of guilty to the Canadian indictment. This was no more than an offer that may have been made with the best of intentions based upon the longer sentence the appellant might face in the United States. There was no pressure exerted upon the appellant to plead guilty. In addition, the Crown's decision to stay the prosecution on the morning it was to commence was not improper. The appellant would not have been surprised by the extradition proceedings.

An appellate court is empowered to enquire into the exercise of prosecutorial discretion only in the clearest of cases of abuse of the court's process. This was certainly not "the clearest of cases".

Cases Cited

Referred to: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 96 C.C.C. (3d) 568, 77 O.A.C. 313, 26 C.R.R. (2d) 310, dismissing an appeal from committal for extradition by Hayes J. and dismissing an application for judicial review of the decision of the Minister of Justice to surrender for extradition. Appeal dismissed.

Edward L. Greenspan, Q.C., and *Alison Wheeler*, for the appellant.

Robert Hubbard and *William H. Corbett, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — On this appeal, the sole issue is whether the conduct of the Crown is so egregious that the extradition of the appellant should be stayed. The issue raised is purely factual in nature.

Les faits ne révèlent aucune absence de bonne foi. Les affidavits ne révèlent aucune inconduite, encore moins une inconduite indigne, de la part du ministère public. Tout au plus indiquent-ils qu'une offre a été faite suivant laquelle les procédures d'extradition seraient arrêtées en échange d'un plaidoyer de culpabilité relativement à l'accusation portée au Canada. Ce n'était rien de plus qu'une offre pouvant avoir été faite avec les meilleures intentions compte tenu de la peine plus longue que l'appelant risquait de se voir imposer aux États-Unis. Aucune pression n'a été exercée sur l'appelant pour qu'il plaide coupable. En outre, la décision du ministère public d'arrêter la poursuite le matin même où elle devait commencer n'était pas injustifiée. Les procédures d'extradition ne pouvaient être une surprise pour l'appelant.

Une cour d'appel n'est investie du pouvoir d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite que dans les cas les plus manifestes d'abus de la procédure de la cour. Il ne s'agit certainement pas de l'un des «cas les plus manifestes».

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 96 C.C.C. (3d) 568, 77 O.A.C. 313, 26 C.R.R. (2d) 310, qui a rejeté un appel de l'incarcération aux fins d'extradition prononcée par le juge Hayes et une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice de livrer l'appelant aux fins de son extradition. Pourvoi rejeté.

Edward L. Greenspan, c.r., et *Alison Wheeler*, pour l'appelant.

Robert Hubbard et *William H. Corbett, c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — L'unique question en l'espèce est de savoir si la conduite du ministère public est indigne au point qu'il faille arrêter l'extradition de l'appelant. La question soulevée est de nature

For its resolution it is necessary to set out a brief summary of the relevant events and proceedings.

² On November 8, 1991, the appellant, a Canadian citizen residing in Toronto, was charged in Canada with a single count of possession of cocaine for the purpose of trafficking. This charge resulted from the discovery, during a search conducted by the Toronto police, of eight kilos of cocaine in a Toronto warehouse, alleged to have been owned and operated by the appellant.

³ It was not until August 10, 1993, that a grand jury in the Western District of New York returned an indictment charging the appellant with the following offences, each carrying a ten-year minimum sentence:

(1) conspiracy to possess with intent to distribute five kilos or more of cocaine from September 1991 to February 1992;

(2) possession with intent to distribute five kilos or more of cocaine on or about September 16 and 17, 1991;

(3) possession with intent to ship and distribute five kilos or more of cocaine on or about October 29 and 30, 1991.

On these American charges, the appellant was accused along with Christopher Breen, who was alleged to have supplied the cocaine to another co-conspirator, David Dillon, who in turn was said to have delivered it to the appellant in Buffalo, New York. Dillon is an American citizen. Breen would appear to be at least an American resident. These are discrete and separate charges from that referred to in the Canadian indictment.

⁴ According to the evidence on the extradition hearing, the appellant travelled to Buffalo, met with and received packages of cocaine from Dillon, and returned to Canada with the cocaine on two occasions: September 17, 1991 and October 30, 1991. Dillon's affidavit stated that he himself had received the cocaine in U.P.S. shipments from

purement factuelle. Aussi est-il nécessaire, pour la résoudre, de résumer brièvement les procédures et les événements pertinents.

Le 8 novembre 1991, l'appelant, un citoyen canadien résidant à Toronto, a été accusé au Canada d'un seul chef de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Cette accusation a été portée par suite de la découverte, au cours d'une perquisition effectuée par la police de Toronto, de huit kilogrammes de cocaïne dans un entrepôt qui aurait appartenu à l'appelant et aurait été exploité par ce dernier.

Ce n'est que le 10 août 1993 qu'un grand jury du district ouest de New York a déposé un acte d'accusation aux termes duquel l'appelant était inculpé des infractions suivantes, chacune d'elles étant passible d'une peine minimale de dix années d'emprisonnement:

[TRADUCTION]

1) complot pour possession, de septembre 1991 à février 1992, d'au moins cinq kilogrammes de cocaïne dans l'intention d'en faire la distribution;

2) possession, les 16 et 17 septembre 1991 ou vers ces dates, d'au moins cinq kilogrammes de cocaïne dans l'intention d'en faire la distribution;

3) possession, les 29 et 30 octobre 1991 ou vers ces dates, d'au moins cinq kilogrammes de cocaïne dans l'intention d'en faire l'expédition et la distribution.

Pour ce qui est de ces accusations portées aux États-Unis, l'appelant a été inculpé en même temps que Christopher Breen, qui aurait fourni de la cocaïne à un autre complice, David Dillon, qui lui, l'aurait livrée à l'appelant à Buffalo (New York). Dillon est citoyen américain. Quant à Breen, il paraît être à tout le moins résidant américain. Ces accusations sont distinctes de celle dont il est question dans l'acte d'accusation canadien.

Selon la preuve produite lors de l'audience d'extradition, l'appelant s'est rendu à Buffalo à deux reprises, soit le 17 septembre 1991 et le 30 octobre 1991, pour y rencontrer Dillon, qui lui a remis des paquets de cocaïne, puis il est revenu au Canada en possession de la cocaïne. Dans son affidavit, Dillon a affirmé que lui-même avait obtenu la

Breen. Evidence of the seizure of eight kilograms of cocaine made by Toronto police on November 8, 1991 was also tendered.

Early in September 1993, the appellant and his legal advisors were aware that the American authorities were going to undertake extradition proceedings and his advisers discussed the situation with the American prosecutor. On October 8 the extradition warrant was issued and four days later the appellant was arrested as he entered the court room to commence his trial on the Canadian indictment. The Crown then stayed the Canadian proceedings.

On the extradition hearing, affidavits of the appellant's legal advisers were filed. One of these affidavits alleged that the Crown prosecutor had indicated that if the appellant did not plead guilty to the Canadian indictment the proposed extradition hearing would proceed.

It is this suggestion, made just before the trial in Canada was to commence, which is said to constitute egregious misconduct on the part of the Crown. I cannot agree with that contention.

There is no doubt that in considering an application for extradition Canadian authorities must act in good faith. See *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. The facts of this case simply do not disclose any lack of good faith.

At the outset I should state that like Griffiths J.A. ((1995), 96 C.C.C. (3d) 568), I am not at all sure that the affidavits were admitted by the judge hearing the application for extradition. They were marked only for identification and it would appear that they were never admitted as evidence.

However, even assuming that they were admitted they do not disclose any misconduct, let alone egregious misconduct, on the part of the Crown. At most all that they indicate is that an offer was made that, in exchange for a plea of guilty to the

cocaïne de Breen dans des colis U.P.S. La preuve de la saisie de huit kilogrammes de cocaïne effectuée par la police de Toronto le 8 novembre 1991 a également été produite.

Au début de septembre 1993, l'appellant et ses avocats savaient que les autorités américaines allaient tenter des procédures d'extradition; ses avocats ont analysé la situation avec un procureur de la poursuite américain. Le 8 octobre, le mandat d'extradition a été délivré et, quatre jours plus tard, l'appellant a été arrêté au moment où il entrait dans la salle d'audience pour subir son procès relativement à l'acte d'accusation canadien. Le ministère public a alors arrêté les procédures canadiennes.

Lors de l'audience d'extradition, des affidavits des avocats de l'appellant ont été déposés. Suivant l'un de ces affidavits, le substitut du procureur général aurait affirmé que si l'appellant ne plaiderait pas coupable à l'accusation portée au Canada l'audience d'extradition envisagée serait tenue.

C'est cette proposition, faite juste avant que le procès commence au Canada, qui constituerait une inconduite indigne de la part du ministère public. Je ne puis admettre cette prétention.

Il ne fait aucun doute que les autorités canadiennes doivent agir de bonne foi dans l'examen d'une demande d'extradition. Voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. Les faits de la présente affaire ne révèlent simplement aucune absence de bonne foi.

Avant toute chose, je devrais signaler que, à l'instar du juge Griffiths de la Cour d'appel ((1995), 96 C.C.C. (3d) 568), je ne suis pas du tout certain que les affidavits aient été admis par le juge qui a entendu la demande d'extradition. On leur a attribué une cote aux seules fins de les identifier, et il semblerait qu'ils n'aient jamais été admis en preuve.

Cependant, même en supposant qu'ils aient été admis, ils ne révèlent aucune inconduite, encore moins une inconduite indigne, de la part du ministère public. Tout au plus indiquent-ils qu'une offre a été faite suivant laquelle, en échange d'un plai-

5

6

7

8

9

10

Canadian indictment, the extradition proceedings would be stayed. This was no more than an offer that may have been made with the best of intentions based upon the longer sentence the appellant might face in the United States. There was no pressure exerted upon the appellant to plead guilty.

11 Further, I cannot accept the submission that the decision of the Crown to stay the prosecution on the morning it was to commence was improper. The appellant could not have been surprised by the extradition proceedings. Rather, he was aware that they would probably be undertaken for at least six weeks before they were commenced. Indeed his Canadian legal advisers had consulted with the American prosecutor.

12 In addition, in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, it was held that an appellate court is empowered to enquire into the exercise of prosecutorial discretion only in the clearest of cases of abuse of the court's process. If there was in fact any abuse of process, this is certainly not "the clearest of cases".

13 The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Buhr, Toronto.

Solicitor for the respondents: The Attorney General of Canada, Toronto.

doyer de culpabilité relativement à l'accusation portée au Canada, les procédures d'extradition seraient arrêtées. Ce n'était rien de plus qu'une offre pouvant avoir été faite avec les meilleures intentions compte tenu de la peine plus longue que l'appelant risquait de se voir imposer aux États-Unis. Aucune pression n'a été exercée sur l'appelant pour qu'il plaide coupable.

En outre, je ne saurais accepter la prétention que la décision du ministère public d'arrêter la poursuite le matin même où elle devait commencer était injustifiée. Les procédures d'extradition ne pouvaient être une surprise pour l'appelant. Il était au courant depuis déjà au moins six semaines qu'elles se dérouleraient probablement. En fait, ses avocats canadiens avaient consulté le procureur de la poursuite américain à ce sujet.

Qui plus est, dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, notre Cour a conclu qu'une cour d'appel n'est investie du pouvoir d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite que dans les cas les plus manifestes d'abus de la procédure de la cour. S'il y a eu abus de procédure en l'espèce, ce n'est certainement pas l'un des «cas les plus manifestes».

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Greenspan, Buhr, Toronto.

Procureur des intimés: Le procureur général du Canada, Toronto.

J.L.D. *Appellant*

v.

René Vallée *Respondent*

and

**The Attorney General of
Quebec** *Respondent*

and

**The Canadian Broadcasting Corporation
(CBC), Southam Inc., the Quebecor Group
Inc. and the Fédération professionnelle des
journalistes du Québec (FPJQ)** *Intervenors*

INDEXED AS: D. (JL) v. VALLÉE

File No.: 24028.

1996: March 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Appeal — Interlocutory judgment — Leave to appeal
refused by a judge of the Court of Appeal — Questions
of public importance and interest raised by judgment at
first instance — Decision refusing leave to appeal
reversed.*

APPEAL from a decision of the Quebec Court
of Appeal, J.E. 94-566, dismissing the appellant's
motion for leave to appeal an interlocutory judg-
ment of the Superior Court dismissing his motion
to use a pseudonym in bringing a civil action, to
have the record sealed and for a publication ban.
Appeal dismissed.

APPEAL from a decision of a judge of the Que-
bec Court of Appeal, rendered on March 10, 1994,
dismissing the appellant's motion for leave to
appeal an interlocutory judgment of the Superior
Court dismissing his motion to use a pseudonym in

J.L.D. *Appelant*

c.

René Vallée *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Intimé*

et

**La Société Radio-Canada (SRC), Southam
Inc., le Groupe Québécoir Inc. et la
Fédération professionnelle des journalistes
du Québec (FPJQ)** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ: D. (JL) c. VALLÉE

N° du greffe: 24028.

1996: 25 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Appel — Jugement interlocutoire — Permission d'en
appeler refusée par un juge de la Cour d'appel — Ques-
tions d'importance et d'intérêt public soulevées par le
jugement de première instance — Décision refusant la
permission d'en appeler infirmée.*

POURVOI contre une décision de la Cour d'ap-
pel du Québec, J.E. 94-566, qui a rejeté la requête
de l'appelant pour permission d'en appeler d'un
jugement interlocutoire de la Cour supérieure qui
avait rejeté sa requête visant l'utilisation d'un
pseudonyme pour intenter une action civile, la
mise sous scellé du dossier et l'obtention d'une
ordonnance de non-publication. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre une décision d'un juge de la
Cour d'appel du Québec, rendue le 10 mars 1994,
qui a rejeté la requête de l'appelant pour permis-
sion d'en appeler d'un jugement interlocutoire de
la Cour supérieure qui avait rejeté sa requête visant

bringing a civil action, to have the record sealed and for a publication ban. Appeal allowed.

APPEAL from an interlocutory judgment of the Quebec Superior Court, rendered on March 9, 1994, dismissing a motion by the appellant to use a pseudonym in bringing a civil action, to have the record sealed and for a publication ban. Appeal dismissed.

Guy Bertrand, for the appellant.

Bernard Vézina, for the respondent Vallée.

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

Marc-André Blanchard and *Jacques R. McLaren*, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

l'utilisation d'un pseudonyme pour intenter une action civile, la mise sous scellé du dossier et l'obtention d'une ordonnance de non-publication. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un jugement interlocutoire de la Cour supérieure du Québec, rendu le 9 mars 1994, qui a rejeté une requête de l'appelant visant l'utilisation d'un pseudonyme pour intenter une action civile, la mise sous scellé du dossier et l'obtention d'une ordonnance de non-publication. Pourvoi rejeté.

Guy Bertrand, pour l'appelant.

Bernard Vézina, pour l'intimé Vallée.

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

Marc-André Blanchard et *Jacques R. McLaren*, pour les intervenantes.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le pourvoi à l'encontre de la décision de la Cour d'appel en révision du jugement du juge Chouinard est rejeté sans frais. Il en est de même, vu l'absence de compétence, du pourvoi à l'encontre du jugement du juge De Blois.

Le pourvoi à l'encontre de la décision du juge Chouinard est accueilli, et la Cour autorise la permission recherchée devant la Cour d'appel du Québec, aux motifs que le jugement de première instance soulève des questions d'importance et d'intérêt public qui justifient d'être examinées par la Cour d'appel.

Le sursis accordé par le juge Cory est maintenu en vigueur jusqu'à ce que la Cour d'appel se prononce au fond sur la requête, le tout avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Guy Bertrand & Associés, Québec.

1 LAMER C.J. — The appeal from the decision of the Court of Appeal on a motion to revise the judgment of Chouinard J.A. is dismissed without costs. The same applies, given the lack of jurisdiction, to the appeal from the judgment of De Blois J.

2 The appeal from the decision of Chouinard J.A. is allowed, and the Court grants the leave sought in the Quebec Court of Appeal, on the grounds that the judgment at first instance raises questions of public importance and interest that warrant consideration by the Court of Appeal.

3 The stay granted by Cory J. shall remain in effect until the Court of Appeal rules on the merits of the motion, the whole with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Guy Bertrand & Associés, Québec.

Solicitors for the respondent Vallée: Boisvert & Vézina, Trois-Rivières.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the interveners: Lafleur Brown, Montréal.

Procureurs de l'intimé Vallée: Boisvert & Vézina, Trois-Rivières.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs des intervenantes: Lafleur Brown, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alfred Nicholas Richard *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RICHARD

File No.: 24788.

1996: March 28.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Charter of rights — Search and seizure — Reasonable and probable grounds for search.***Cases Cited**Referred to: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 141 N.S.R. (2d) 103, dismissing an appeal from conviction by MacLellan J. Appeal allowed.

S. Ronald Fainstein, Q.C., and Paula Taylor, for the appellant.

Warren K. Zimmer, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — In this appeal as of right, we are in substantial agreement with the reasons of Chipman J.A. dissenting in the Court of Appeal (1995), 141 N.S.R. (2d) 103.

² In particular, we agree with Chipman J.A. that the trial judge erred in his application of the *Debot* factors (*R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140) in find-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alfred Nicholas Richard *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. RICHARD

N° du greffe: 24788.

1996: 28 mars.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Perquisition et saisie — Motifs raisonnables et probables de perquisitionner.***Jurisprudence**Arrêt mentionné: *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 141 N.S.R. (2d) 103, ayant rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge MacLellan. Pourvoi accueilli.

S. Ronald Fainstein, c.r., et Paula Taylor, pour l'appelante.

Warren K. Zimmer, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Dans le présent pourvoi formé de plein droit, nous souscrivons pour l'essentiel aux motifs de dissidence du juge Chipman de la Cour d'appel (1995), 141 N.S.R. (2d) 103.

Dé façon plus particulière, nous sommes d'accord avec le juge Chipman pour dire que le juge du procès a commis une erreur dans l'application des facteurs énoncés dans l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, en concluant que l'agent de police

ing that the police officer lacked reasonable and probable grounds for the search.

The appeal is allowed, the judgments of the trial judge and Court of Appeal are set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the respondent: Warren K. Zimmer, Halifax.

n'avait pas de motifs raisonnables et probables de procéder à la perquisition.

Le pourvoi est accueilli, la décision du juge du procès et l'arrêt de la Cour d'appel sont annulés et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intimé: Warren K. Zimmer, Halifax.

Gérard Martin *Appellant*

v.

Paul-André Beaudry *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Mis en cause*

and

The National Parole Board *Mis en cause*

and between

Gérard Martin *Appellant*

v.

Paul-André Beaudry *Respondent*

and

The National Parole Board and the Deputy Commissioner of the Correctional Service of Canada *Mis en cause*

and

The Attorney General of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: MARTIN v. BEAUDRY

File Nos.: 24847, 24844.

1996: April 24.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Gérard Martin *Appelant*

c.

Paul-André Beaudry *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*

et

La Commission nationale des libérations conditionnelles *Mise en cause*

et entre

Gérard Martin *Appelant*

c.

Paul-André Beaudry *Intimé*

et

La Commission nationale des libérations conditionnelles et le sous-commissaire du Service correctionnel du Canada *Mis en cause*

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: MARTIN c. BEAUDRY

Nos du greffe: 24847, 24844.

1996: 24 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Prerogative writs — Habeas corpus — Parole revoked — Detention — Application for writ of habeas corpus dismissed.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal, [1995] Q.J. No. 330 (Q.L.) and [1995] Q.J. No. 329 (Q.L.), affirming judgments of the Superior Court, which had dismissed the appellant's applications for a writ of *habeas corpus*. Appeals dismissed.

Renée Millette, Jean-Sébastien Clément and Hélène Danais, for the appellant.

Jennifer E. Briscoe and Richard Stark, for the respondent and the mis en cause.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — For the reasons given by Madam Justice Barrette-Joncas, as well as those of Mr. Justice Boilard, the two appeals are dismissed without costs.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Renée Millette, Montréal.

Solicitor for the respondent and the mis en cause: The Attorney General of Canada, Montréal.

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Libération conditionnelle révoquée — Détention — Requête pour la délivrance d'un bref d'habeas corpus rejetée.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1995] A.Q. n° 330 (Q.L.) et [1995] A.Q. n° 329 (Q.L.), qui ont confirmé des jugements de la Cour supérieure, qui avait rejeté les requêtes de l'appelant pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*. Pourvois rejetés.

Renée Millette, Jean-Sébastien Clément et Hélène Danais, pour l'appelant.

Jennifer E. Briscoe et Richard Stark, pour l'intimé et les mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Aux motifs de Madame le juge Barrette-Joncas, ainsi qu'à ceux de M. le juge Boilard, les deux appels sont rejetés, le tout sans frais.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Renée Millette, Montréal.

Procureur de l'intimé et des mis en cause: Le procureur général du Canada, Montréal.

Richard Dubois *Appellant*

v.

Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc., in its capacity as provisional liquidator of Coopérants, Mutual Life Insurance Society/Les Coopérants, Société mutuelle d'assurance-vie *Respondent*

INDEXED AS: COOPÉRANTS, MUTUAL LIFE INSURANCE SOCIETY (LIQUIDATOR OF) v. DUBOIS

File No.: 23993.

1995: October 4; 1996: April 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Corporations — Winding-up — Immovables in co-ownership — Indivision agreements concluded between undivided co-owners of immovables — Whether agreements valid and can be set up against liquidator — Whether clause providing for mandatory sale of defaulting undivided co-owner's share at 75 percent of market value can be set up against liquidator.

Property — Immovables in co-ownership — Indivision agreements — Validity — Effect of winding-up on obligations under agreements.

D and C, a mutual life insurance society, are undivided co-owners of two immovables. Each immovable is the subject of a contract establishing undivided co-ownership and of an unregistered indivision agreement providing, *inter alia*, for a waiver of the right to demand a partition of the immovable property for a period of 35 years and for the mandatory sale of the interest of one undivided co-owner to the other in certain circumstances, including where one of the undivided co-owners applies to a court for the appointment of a liquidator for his or its property. In the event of a mandatory sale, the purchase price of the undivided share is the price offered by the purchasing co-owner. If that price is refused, the purchase price is set at 75 percent of the fair market value of the undivided interest, established on the basis of the value of the immovable as a whole, without regard to the fact that it is held in undivided co-ownership. In 1992, C applied for the appointment of a liquidator and D initiated the procedure set out in the

Richard Dubois *Appellant*

c.

Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc., en sa qualité de liquidateur provisoire de Les Coopérants, Société mutuelle d'assurance-vie/Coopérants, Mutual Life Insurance Society *Intimée*

RÉPERTORIÉ: COOPÉRANTS (LES), SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE (LIQUIDATEUR DE) c. DUBOIS

N° du greffe: 23993.

1995: 4 octobre; 1996: 25 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Compagnies — Liquidation — Immeubles en copropriété — Conventions d'indivision conclues entre propriétaires indivis d'immeubles — Ces conventions sont-elles valides et opposables au liquidateur? — La clause de vente obligatoire à 75 pour 100 de la valeur marchande de la part d'un copropriétaire indivis en défaut est-elle opposable au liquidateur?

Biens — Immeubles en copropriété — Conventions d'indivision — Validité — Effet d'une liquidation sur les obligations contenues dans ces conventions.

D et C, une société mutuelle d'assurance-vie, sont copropriétaires indivis de deux immeubles. En plus d'un contrat établissant la copropriété indivise, chaque immeuble fait l'objet d'une convention d'indivision non enregistrée qui prévoit notamment une renonciation au droit de demander le partage des biens immeubles pour une période de 35 ans, et la vente obligatoire de l'intérêt d'un des indivisaires à l'autre dans certains cas, dont celui où un des indivisaires fait une demande judiciaire de nomination d'un liquidateur de ses biens. Lors d'une vente obligatoire, le prix d'achat de la part indivise est le prix offert par le copropriétaire acheteur. En cas de refus, le prix d'achat est fixé à 75 pour 100 de la juste valeur marchande de l'intérêt indivis, établie en fonction de la valeur de l'immeuble entier sans égard au fait qu'il est détenu en indivision. En 1992, C fait une demande judiciaire de nomination d'un liquidateur et D engage la procédure prévue aux conventions d'indivision pour acquérir la part de C par vente obligatoire. Le liquida-

indivision agreements for purchasing C's share by mandatory sale. The liquidator refused D's offers and brought a motion for a declaratory judgment seeking to have the clauses in the indivision agreements limiting its powers declared ineffective or unenforceable against it. The Superior Court declared that the two indivision agreements were lawful and that their clauses could be set up against the liquidator. The Court of Appeal reversed this judgment.

Held: The appeal should be allowed.

The indivision agreements, including the waiver of partition clauses, are valid. The parties are free to organize the exercise of their undivided rights and the terms and conditions for terminating the indivision by agreement. Under art. 689 *C.C.L.C.*, they may even agree to suspend their right to demand partition temporarily for a justifiable reason of utility. In this case, a 35-year waiver of partition is not unjustified on its face in view of the 30- to 35-year amortization period for the hypothecary financing. Absent fraudulent preferences, indivision agreements can in principle be set up against a liquidator. From the perspective of the legal winding-up scheme, the liquidator is an officer of the court whose function it is to close up the company's business and distribute its assets to its creditors. The liquidator is not a third party in relation to the insolvent company, but is the person designated by the court to act in place of the directors of the company being wound up. Accordingly, D's interest in the immovables — an interest created purely by agreement in this case — need not be registered to be set up against the liquidator, because the liquidator is acting for C.

The imposition of a winding-up scheme, however, may affect the future performance of obligations agreed on earlier that have some effect on what assets are to be distributed to the other creditors. The purpose of the federal winding-up legislation is to arrange for the closing down of the company's business in an orderly and expeditious manner while minimizing, as far as possible, the losses and harm suffered by the creditors and other interested parties and by distributing the assets in accordance with the legislation. In the present case, an application has been made for the specific performance of an obligation under a bilateral contract, more particularly an obligation to give, the subject of which is a unique, non-fungible and indivisible property with respect to which D, as co-owner, has a specific interest and is liable to suffer specific harm. These assets cannot be wound up except by disposing of them for a price and, for the same price, there is no advantage in selling to a

teur refuse les offres de D et présente une requête en jugement déclaratoire, dans laquelle il demande que soient déclarées sans effet, ou inopposables à son égard, les clauses des conventions d'indivision limitant ses pouvoirs. La Cour supérieure déclare que les deux conventions d'indivision sont légales et que leurs clauses sont opposables au liquidateur. La Cour d'appel infirme ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les conventions d'indivision, y compris les clauses de renonciation au partage, sont valides. Les parties sont libres d'organiser l'exercice de leurs droits indivis et les modalités de sortie de l'indivision par convention. Ils peuvent même, en vertu de l'art. 689 *C.c.B.C.*, convenir de suspendre leur droit de demander le partage temporairement s'il existe quelque raison d'utilité justifiable. En l'espèce, une période de renonciation au partage de 35 ans n'est pas injustifiée à sa face, compte tenu de la période d'amortissement de 30 à 35 ans du financement hypothécaire. Sauf préférences frauduleuses, les conventions d'indivision sont en principe opposables au liquidateur. Dans la perspective du régime légal de liquidation, le liquidateur est un officier du tribunal qui a pour fonction de mettre fin aux opérations de la compagnie et de distribuer son actif aux créanciers. Il n'est pas un tiers vis-à-vis de la compagnie insolvable. Il est la personne désignée par le tribunal pour agir à la place des administrateurs de la compagnie en liquidation. L'intérêt de D dans les immeubles — ici, un intérêt purement conventionnel —, n'a donc pas à être enregistré pour être opposable au liquidateur, parce que ce dernier agit pour C.

L'imposition d'un régime de liquidation peut toutefois affecter l'exécution future des obligations antérieurement convenues qui ont un effet quelconque sur le contenu de l'actif à distribuer aux autres créanciers. Le but de la loi fédérale sur les liquidations est de ménager la fin des opérations de la compagnie de façon ordonnée et diligente en minimisant, dans la mesure du possible, les pertes et préjudices des créanciers et des autres intéressés, et en distribuant les actifs selon la loi. Dans la présente affaire, il s'agit d'une demande d'exécution en nature d'une obligation aux termes d'un contrat synallagmatique, plus précisément d'une obligation de donner ayant pour objet un bien qui est unique, non fungible et indivisible à l'égard duquel D, à titre de copropriétaire, a un intérêt particulier et est susceptible de subir un préjudice particulier. La liquidation de cet actif ne peut se faire qu'en en disposant pour un prix et, pour un prix égal, il n'y a aucun avantage à vendre à un acheteur

purchaser other than D. The assets available for distribution to the other creditors are not diminished. In deciding on the course to take in such a situation, the liquidator and the court, in the exercise of its discretion, must take into account both the benefits to be obtained and the harm caused in order to distribute them as equally as possible. The *pari passu* rule among unsecured creditors can be fully applied only for fungible obligations. In other cases, it must be tempered with equity to ensure that the burdens imposed on unsecured creditors are minimized and distributed as fairly as possible. The principle that must guide the court in exercising its discretion in such a case is that of respect for contracts signed in good faith prior to the winding-up, unless the obligations contained therein are prejudicial to the other creditors and give rise to an unjust preference in light of all the circumstances, in which case equitable relief will be available. In this case, the liquidator has not established that an appraisal at 75 percent on the basis of the immovable's value without regard to the undivided co-ownership is less than the market value of the undivided rights and is therefore prejudicial to the other creditors' interests. Since the clauses providing for the mandatory sale of the undivided interests in the immovables may be set up against C and the liquidator, which represents it, the liquidator must comply with them provided that they do not create an unjust preference in favour of D. Their implementation remains subject to the controlling discretionary power of the court to which the parties may apply, if necessary, to clarify the terms and conditions of such implementation in the context of the winding-up.

Cases Cited

Referred to: *McCarter v. York County Loan Co.* (1907), 14 O.L.R. 420; *Jolicœur v. Boivin et Cie.*, [1951] R.P. 369; *Partington v. Cushing* (1906), 1 E.L.R. 493; *Re J. McCarthy & Sons Co. of Prescott Ltd.* (1916), 38 O.L.R. 3; *Maranda-Desaulniers v. Peckham*, [1953] B.R. 163; *Brault v. Langlois*, [1954] B.R. 41; *In re Palais des Sports de Montréal Ltée*, [1960] B.R. 1012.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3 [am. 1992, c. 27, s. 2], ss. 71(2), 74(1).
Civil Code of Lower Canada, arts. 689, 1981, 1982.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1013.
Winding-up Act, R.S.C., 1985, c. W-11, ss. 19, 21, 22, 33, 35(1)(b), (c), (h), 38, 93, 94, 95, 96 to 102.

autre que D. La masse disponible pour distribution aux autres créanciers n'est pas diminuée. Dans un tel contexte, le liquidateur et le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider de la marche à suivre doivent tenir compte à la fois des bénéfices à obtenir et des préjudices causés afin de les répartir aussi également que possible. La règle du *pari passu* entre créanciers ordinaires ne saurait être appliquée intégralement que pour les obligations fungibles. Dans les autres cas, elle doit être tempérée d'équité afin que les fardeaux imposés aux créanciers ordinaires soient minimisés et répartis aussi équitablement que possible. Le principe qui doit guider le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans un tel cas est celui du respect des contrats signés de bonne foi antérieurement à la liquidation, à moins que les obligations y contenues ne soient préjudiciables aux autres créanciers et donnent lieu à une préférence injuste compte tenu de l'ensemble des circonstances, auquel cas il pourra y avoir redressement équitable. En l'espèce, le liquidateur n'a pas fait la preuve que l'évaluation à 75 pour 100 en fonction de la valeur de l'immeuble sans égard à l'indivision est inférieure à la valeur marchande des droits indivis et donc préjudiciable aux intérêts des autres créanciers. Puisque les clauses de vente obligatoire des intérêts indivis dans les immeubles sont opposables à C et au liquidateur qui la représente, ce dernier doit s'y conformer dans la mesure où elles ne font pas bénéficier D d'une préférence injuste. Leur mise en œuvre demeure soumise au pouvoir discrétionnaire de contrôle du tribunal auquel les parties pourront s'adresser, le cas échéant, pour en faire préciser les modalités dans le cadre de la liquidation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *McCarter c. York County Loan Co.* (1907), 14 O.L.R. 420; *Jolicœur c. Boivin et Cie.*, [1951] R.P. 369; *Partington c. Cushing* (1906), 1 E.L.R. 493; *Re J. McCarthy & Sons Co. of Prescott Ltd.* (1916), 38 O.L.R. 3; *Maranda-Desaulniers c. Peckham*, [1953] B.R. 163; *Brault c. Langlois*, [1954] B.R. 41; *In re Palais des Sports de Montréal Ltée*, [1960] B.R. 1012.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 689, 1981, 1982.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1013.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 [mod. 1992, ch. 27, art. 2], art. 71(2), 74(1).
Loi sur les liquidations, L.R.C. (1985), ch. W-11, art. 19, 21, 22, 33, 35(1)(b), (c), (h), 38, 93, 94, 95, 96 à 102.

Authors Cited

Bohémier, Albert. *Faillite et insolvabilité*, t. 1. Montréal: Thémis, 1992.
 De Page, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, vol. 6. Brussels: Bruylant, 1953.
 Deschamps, Marie. "Vers une approche renouvelée de l'indivision" (1984), 29 *McGill L.J.* 215.
Fraser & Stewart Company Law of Canada, 6th ed. By Harry Sutherland et al. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 55, reversing a decision of the Superior Court, [1992] R.J.Q. 2574. Appeal allowed.

Richard Wagner and Odette Jobin-Laberge, for the appellant.

Robert Tessier and Paul Paradis, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — This appeal relates to indivision agreements between undivided co-owners of immovables and to the effect of a winding-up on the obligations set out in those agreements. There are two main issues: (1) whether unregistered indivision agreements may be set up against a liquidator appointed under the *Winding-up Act*, R.S.C., 1985, c. W-11; and (2) whether a clause in an indivision agreement providing that the undivided share of a company being wound up must be sold to the undivided co-owner for 75% of its market value may be set up against the liquidator.

I — Facts

The appellant and Coopérants, Mutual Life Insurance Society (the "debtor") are undivided co-owners of two immovables situated in Laval, with shares of 49% and 51% respectively. Each immovable is the subject of a contract establishing undivided co-ownership and an agreement governing the rights and obligations of the two undivided co-

Doctrine citée

Bohémier, Albert. *Faillite et insolvabilité*, t. 1. Montréal: Thémis, 1992.
 De Page, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 6. Bruxelles: Bruylant, 1953.
 Deschamps, Marie. «Vers une approche renouvelée de l'indivision» (1984), 29 *R.D. McGill* 215.
Fraser & Stewart Company Law of Canada, 6th ed. By Harry Sutherland et al. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 55, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1992] R.J.Q. 2574. Pourvoi accueilli.

Richard Wagner et Odette Jobin-Laberge, pour l'appellant.

Robert Tessier et Paul Paradis, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi traite des conventions d'indivision conclues entre propriétaires indivis d'immeubles, et de l'effet d'une liquidation sur les obligations contenues dans ces conventions. Deux questions principales se posent: (1) les conventions d'indivision non enregistrées sont-elles opposables au liquidateur nommé en vertu des dispositions de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. (1985), ch. W-11? et (2) une clause d'une convention d'indivision prévoyant la vente obligatoire au copropriétaire indivis à un prix fixé à 75 % de la valeur marchande de la part indivise d'une compagnie en liquidation est-elle opposable au liquidateur?

I — Les faits

L'appellant est copropriétaire indivis avec Les Coopérants, Société mutuelle d'assurance-vie (la «débitrice»), pour 49 % et 51 % respectivement, de deux immeubles situés à Laval. Chaque immeuble fait l'objet d'un contrat établissant la copropriété indivise et d'une convention régissant les droits et obligations entre les deux indivisaires. Les titres de

1

2

owners. The undivided co-ownership titles are registered, but the indivision agreements are not.

copropriété indivise sont enregistrés mais non les conventions d'indivision.

3 Under the agreements, the undivided co-owners have waived the right to demand a partition of the immovable property for a period of 35 years. The agreements also provide for the sharing of disbursements and expenses and contain a default clause stating that the interest of one undivided co-owner must be sold to the other in certain circumstances, *inter alia*, where one of the undivided co-owners applies to a court for the appointment of a liquidator for his or its property.

Selon les conventions, les indivisaires renoncent au droit de demander le partage des biens immeubles pour une période de 35 ans. Elles prévoient aussi le partage des déboursés et des dépenses, et une clause de défaut comportant la vente obligatoire de l'intérêt d'un des indivisaires à l'autre dans certaines circonstances dont la demande judiciaire par un des indivisaires pour la nomination d'un liquidateur de ses biens.

4 Under the default and mandatory sale clause, the non-defaulting party may give a 30-day default notice to rectify the default. At the end of that period, the non-defaulting party may offer to purchase the defaulting party's undivided share of the immovable. If the defaulting party refuses this offer within 10 days after it is delivered, the purchase price is then set at 75% of the fair market value of the undivided interest, established on the basis of the value of the immovable as a whole. The appraisers are required to appraise the immovable as a whole without considering the fact that it is held in undivided co-ownership.

La clause de défaut et de vente obligatoire permet à la partie non défaillante de donner un avis de défaut de 30 jours pour y remédier. À l'expiration de ce délai, la partie non défaillante peut offrir à la partie défaillante d'acquérir sa part indivise dans l'immeuble. Si la partie défaillante refuse cette offre dans les 10 jours suivant la livraison de l'offre, le prix d'achat est alors fixé à 75 % de la juste valeur marchande de l'intérêt indivis établie en fonction de la valeur de l'immeuble entier. En effet, les évaluateurs sont tenus d'évaluer l'immeuble comme un tout sans égard au fait qu'il est détenu en indivision.

5 The debtor applied for the appointment of a liquidator on January 3, 1992, on the ground of insolvency. That same day, Martin J. of the Superior Court granted the application and appointed the respondent liquidator of the debtor's property under the *Winding-up Act*.

La débitrice a fait une demande judiciaire de nomination d'un liquidateur le 3 janvier 1992 pour motif d'insolvabilité. Le même jour, le juge Martin de la Cour supérieure accueille cette demande et nomme l'intimée liquidateur des biens de la débitrice, en vertu de la *Loi sur les liquidations*.

6 On January 10, 1992, the appellant initiated the procedure for purchasing the debtor's interest by mandatory sale, pursuant to the indivision agreements. He sent the respondent two default notices in respect of the two immovables in question. With these notices, he included two offers to purchase the debtor's undivided interest in the immovables, for an amount equal to the greater of \$3,000,000 or 51% of the balance of the hypothecary debt for one immovable and an amount equal to the greater of \$4,000,000 or 51% of the balance of the hypothecary debt for the other.

Le 10 janvier 1992, l'appellant engage la procédure visant l'acquisition de l'intérêt de la débitrice par vente obligatoire, selon les conventions d'indivision. Il expédie à l'intimée deux avis de défaut visant les deux immeubles en litige. Il inclut avec ces avis deux offres d'acquérir l'intérêt indivis de la débitrice dans les immeubles, pour un montant égal au plus élevé de 3 000 000 \$ ou 51 % du solde de la créance hypothécaire, pour un des immeubles, et un montant égal au plus élevé de 4 000 000 \$ ou 51 % du solde de la créance hypothécaire, pour l'autre immeuble.

The respondent refused these offers on January 23, 1992. The appellant claims that this refusal was out of time, being more than 10 days after the offer was delivered. This claim is unfounded since, under the indivision agreements, the 10-day period does not begin to run until after the initial 30-day period has expired. The appellant in fact renewed his offers on February 10, 1992 and the respondent refused them the following day. The sale price in the event of refusal therefore applied, namely 75% of the fair market value of these undivided interests, established on the basis of the immovable appraised as a whole.

In the meantime, the respondent refused to pay its share of the disbursements and expenses related to the two immovables, contrary to the requirements of the indivision agreements.

On June 9, 1992 the respondent brought a motion in the Superior Court for a declaratory judgment seeking to have the default and mandatory sale clauses, the clauses providing for partition and sale by licitation, the clauses providing for sharing of disbursements and expenses and any other clauses in the indivision agreements limiting the liquidator's powers declared ineffective or unenforceable against the liquidator. The respondent argues that it is not bound by these provisions, either because it is a third party with respect to these contracts, or because it has an obligation to protect the interests of the debtor's creditors.

II — Judgments of the Courts Below

Superior Court, [1992] R.J.Q. 2574

Dealing with the respondent's motion for a declaratory judgment, Trudel J. declared that the two indivision agreements were lawful and binding on the debtor, the respondent and the appellant. He stated the following (at pp. 2577-78):

[TRANSLATION] In this case, the undivided co-owners took care that disorder would not ensue and protected themselves from the difficulties that would result should one of them become insolvent. They thus contemplated remedial measures, including measures to protect themselves from the coerciveness of a judicial sale and at the

L'intimée refuse ces offres le 23 janvier 1992. L'appelant prétend que ce refus est hors délai, soit plus de 10 jours suivant la délivrance de l'offre. Cette prétention est sans fondement puisque ce délai de 10 jours ne court, selon les conventions d'indivision, qu'après l'expiration du premier délai de 30 jours. En fait, l'appelant a renouvelé ses offres le 10 février 1992, et l'intimée les a refusées le lendemain. Le prix de vente en cas de refus trouve donc application, c'est-à-dire 75 % de la juste valeur marchande de ces intérêts indivis, établie en fonction de l'immeuble évalué comme un tout.

L'intimée, entre-temps, a refusé de verser sa part des déboursés et des dépenses reliées aux deux immeubles, contrairement aux exigences des conventions d'indivision.

Le 9 juin 1992, l'intimée présente une requête pour jugement déclaratoire auprès de la Cour supérieure demandant que soient déclarées sans effet ou inopposables au liquidateur les clauses de défaut et de vente obligatoire, celles de partage et de licitation, celles de partage des déboursés et des dépenses ainsi que toute autre clause des conventions d'indivision limitant les pouvoirs du liquidateur. L'intimée prétend ne pas être liée par ces dispositions, soit parce qu'elle est un tiers à l'égard de ces contrats, soit parce qu'elle a une obligation de protéger les intérêts des créanciers de la débitrice.

II — Les décisions des instances dont appel

Cour supérieure, [1992] R.J.Q. 2574

Saisi de la requête pour jugement déclaratoire de l'intimée, le juge Trudel déclare que les deux conventions d'indivision sont légales et lient la débitrice, l'intimée et l'appelant. Il s'exprime ainsi (aux pp. 2577 et 2578):

En l'occurrence, les indivisaires ont veillé à ce que le désordre ne s'installe pas et à se prémunir contre les inconvénients engendrés par l'insolvabilité de l'un deux. Ils ont donc envisagé des mesures correctrices, notamment pour se protéger contre le caractère coercitif de la vente judiciaire et, du même coup, pour éviter de

7

8

9

10

same time to avoid having a new partner imposed on them. They limited or eliminated the right to assign their shares and included in the contracts a mechanism and conditions for terminating the indivision.

There was no reason they could not provide in this manner for the future resolution of the contract in the event that either of them failed to fulfil his or its obligations. Bankruptcy and winding-up are events upon which an obligation may validly be conditional and there was nothing to prevent the co-owners from providing in advance for the termination of indivision in such a case. Moreover, there is no rule in the *Civil Code of Lower Canada* limiting the right to enjoy, benefit from the fruits or alienate an undivided portion.

In addition, the clauses in the agreements relating to default, mandatory or default sale and partition or sale by licitation are in no way contrary to public order or good morals (art. 13 C.C.).

Finally, unless I am mistaken, there are no decisions declaring these clauses unwritten.

Accordingly, the court must confine itself to a contractual approach and finds that these clauses are lawful.

11

The trial judge was also of the view that these clauses could be set up against the liquidator. He noted that a company being wound up does not lose its juridical personality and that the respondent is not a third-party purchaser but is identified with the debtor. The provisions could thus be set up against the respondent. The trial judge noted that the debtor and the respondent could not unilaterally modify the terms of the agreements in their own interests. The clauses had in fact been included at the behest of the debtor, which wanted to protect itself in the event that the appellant experienced financial difficulties.

Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 55

12

The Court of Appeal reversed the trial judgment. Beauregard J.A., writing for the court, found that the undertaking to assign an undivided interest at 75% of its market value violated the fundamental legal principle that a debtor's property is the common pledge of the debtor's creditors, apart from security provided for by law. Since the indivision agreements were unregistered, they could not take

se voir imposer un nouveau partenaire. Ils ont limité ou supprimé la faculté de céder leur part et ils ont introduit dans les contrats un mécanisme et des conditions pour mettre fin à l'indivision.

Rien ne s'opposait à ce qu'ils stipulent ainsi la résolution du contrat quant à l'avenir au cas où l'un ou l'autre viendrait à manquer à ses obligations. La faillite et la liquidation sont des événements qui peuvent valablement servir de condition à une obligation, et rien n'empêche que les copropriétaires puissent, pour ce cas et d'avance, traiter de la fin de l'indivision. De plus, le *Code civil du Bas Canada* ne fait état d'aucune règle restreignant le droit de jouir, de bénéficier des fruits ou d'aliéner une partie indivise.

En outre, les clauses des accords relatives au défaut, à la vente obligatoire ou par défaut et au partage ou licitation n'ont rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art. 13 C.C.).

Enfin, aucune jurisprudence, sauf erreur, ne déclare ces clauses non écrites.

En conséquence, le Tribunal doit s'en tenir à une approche contractuelle et juge que ces clauses sont légales.

Le premier juge est aussi d'avis que ces clauses sont opposables au liquidateur. Il note que la compagnie en liquidation ne perd pas sa personnalité juridique, que l'intimée n'est pas un tiers acquéreur, mais qu'elle s'identifie à la débitrice. Ainsi, les stipulations sont opposables à l'intimée. Le premier juge souligne que la débitrice et l'intimée ne pouvaient modifier unilatéralement les conditions des conventions au gré de leurs intérêts. De fait, ces clauses étaient l'œuvre de la débitrice qui voulait se protéger dans l'éventualité où c'était l'appellant qui éprouverait des difficultés financières.

Cour d'appel, [1994] R.J.Q. 55

La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance. Le juge Beauregard, s'exprimant pour la cour, a conclu que l'engagement de céder un intérêt indivis à 75 % de sa valeur marchande viole le principe juridique fondamental suivant lequel les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, sauf les sûretés prévues par la loi. Les conventions d'indivision, étant non enre-

precedence over the creditors' interests in the debtor's property.

Beauregard J.A. wrote (at p. 57):

[TRANSLATION] It may first be asked whether parties can be in good faith when they provide, other than in an instrument creating a valid real security, that if one of them becomes insolvent the other can obtain a preference over other creditors. In any event, an assignment by an insolvent debtor to one of its creditors at a reduced price, which causes harm to the other creditors, is not made valid by the fact that, much earlier when the debtor was solvent, it promised that creditor preferential treatment should the debtor ever be declared insolvent. If this way of proceeding were allowed, security law would serve no purpose.

Beauregard J.A. was of the view that the fundamental principle concerning the protection of creditors [TRANSLATION] "is applicable whenever an orderly distribution of the proceeds of a debtor's property is to be made" (p. 58), and is therefore as applicable to a winding-up as it is to a bankruptcy.

Beauregard J.A. also attempted to characterize the legal status of a liquidator, compared with a trustee in bankruptcy. In his view, the two functions have much in common, although a company that is being wound up retains its juridical existence. He concluded that a liquidator is more than a representative of the company being wound up and is above all the "trustee" for the company's creditors, with the same rights that they have. For this reason, the obligations in the indivision agreements between the appellant and the debtor could not be set up against the liquidator.

III — Issues

The appellant submitted a series of questions to be resolved. In my view, they may be summed up in three fundamental issues: (1) whether the indivision agreements are valid; (2) whether the indivision agreements may in general be set up against the liquidator; and (3) whether, in particular, the clause providing for the mandatory sale of the

gistrées, ne peuvent primer sur les intérêts des créanciers sur les biens d'un débiteur.

Le juge Beauregard écrit (à la p. 57):

On peut d'abord se demander si des parties peuvent être de bonne foi en stipulant, ailleurs que dans un acte qui crée une sûreté réelle valide, qu'au cas de l'insolvabilité de l'une d'elles l'autre pourra obtenir une préférence à l'encontre des autres créanciers. En tout état de cause, une cession à rabais faite par un débiteur insolvable à l'un de ses créanciers et qui cause préjudice aux autres créanciers n'est pas rendue valide par le fait que, longtemps auparavant, au moment où il était solvable, le débiteur avait promis à ce créancier que, s'il était éventuellement déclaré insolvable, cette personne obtiendrait un traitement de faveur. Si cette façon de faire était possible, à quoi servirait le droit des sûretés?

Le juge Beauregard est d'avis que le principe fondamental visant la protection des créanciers «trouve application à toutes les fois qu'il s'agit de faire une distribution ordonnée du produit des biens d'un débiteur» (p. 58), et donc est autant applicable dans le contexte d'une liquidation que dans le contexte d'une faillite.

Le juge Beauregard a aussi tenté de qualifier le statut juridique d'un liquidateur, comparé à un syndic de faillite. Pour lui, les deux fonctions ont beaucoup de similarités, même si la société en liquidation conserve son existence juridique. Il a conclu que le liquidateur est plus qu'un représentant de la société en liquidation, qu'il est, surtout, le «fiduciaire» des créanciers de la société, et qu'il a les mêmes droits que ceux-ci. Pour cette raison, les obligations contenues dans les conventions d'indivision entre l'appellant et la débitrice ne sont pas opposables au liquidateur.

III — Les questions en litige

L'appellant soumet une série de questions à trancher. À mon avis, toutes ces questions peuvent se résumer à trois questions fondamentales: (1) les conventions d'indivision sont-elles valides? (2) les conventions d'indivision sont-elles opposables en général au liquidateur? et (3) en particulier, la clause de vente obligatoire à 75 % de la valeur

13

14

15

16

share of a defaulting undivided co-owner at 75% of its market value may be set up against the liquidator.

IV — Statutory Provisions

¹⁷ The *Winding-up Act* contains the following provisions:

19. A company, from the time of the making of a winding-up order, shall cease to carry on its business, except in so far as is, in the opinion of the liquidator, required for the beneficial winding-up thereof, but the corporate state and all the corporate powers of the company, notwithstanding that it is otherwise provided by the Act, charter or instrument of incorporation of the company, continue until the affairs of the company are wound up.

21. After a winding-up order is made in respect of a company, no suit, action or other proceeding shall be proceeded with or commenced against the company, except with the leave of the court and subject to such terms as the court imposes.

22. Every attachment, sequestration, distress or execution put in force against the estate or effects of a company after the making of a winding-up order is void.

33. A liquidator, on his appointment, shall take into his custody or under his control all the property, effects and choses in action to which the company is or appears to be entitled, and shall perform such duties with reference to winding-up the business of the company as are imposed by the court or by this Act.

35. (1) A liquidator may, with the approval of the court, and on such previous notice to the creditors, contributories, shareholders or members of the company as the court orders,

(b) carry on the business of the company so far as is necessary to the beneficial winding-up of the company;

(c) sell the real and personal property, effects and choses in action of the company, by public auction or private contract, and transfer the whole thereof to any person or company, or sell them in parcels for such consideration as may be approved by the court;

marchande de la part d'un copropriétaire indivis en défaut, est-elle opposable au liquidateur?

IV — Les dispositions législatives

La *Loi sur les liquidations* comporte les dispositions suivantes:

19. Dès qu'une ordonnance de mise en liquidation a été rendue à l'égard d'une compagnie, celle-ci cesse ses opérations, sauf dans la mesure où, de l'avis du liquidateur, il est nécessaire de les continuer dans l'intérêt de la liquidation. Toutefois, l'état de personne morale de la compagnie et tous ses pouvoirs à ce titre, par dérogation aux dispositions contraires de sa loi de constitution, de sa charte ou du titre qui l'a constituée en personne morale, persistent jusqu'à ce que ses affaires soient liquidées.

21. Lorsqu'une ordonnance de mise en liquidation a été rendue à l'égard d'une compagnie, nulle poursuite, action ou autre procédure ne peut être continuée ni commencée contre la compagnie, sauf avec la permission du tribunal et sous réserve des conditions qu'il impose.

22. Est nulle toute saisie, toute mise sous séquestre ou toute exécution exercée sur les biens ou effets de la compagnie après l'ordonnance de mise en liquidation.

33. Dès sa nomination, le liquidateur prend en sa garde ou sous son contrôle tous les biens, effets et droits incorporels auxquels la compagnie a ou semble avoir droit, et il remplit, relativement à la liquidation des affaires de la compagnie, toutes les fonctions qui lui sont imposées par le tribunal ou par la présente loi.

35. (1) Le liquidateur peut, avec l'approbation du tribunal, et sur tel préavis aux créanciers, contributeurs, actionnaires ou membres de la compagnie que lui prescrit le tribunal:

b) continuer les opérations de la compagnie, en tant qu'il est nécessaire de le faire pour la liquidation avantageuse de ses affaires;

c) vendre les biens meubles et immeubles ainsi que les effets et les droits incorporels de la compagnie, soit aux enchères publiques, soit de gré à gré et les transférer en bloc à une personne ou compagnie, ou les vendre par parties pour la considération que peut approuver le tribunal;

(h) do and execute all such other things as are necessary for winding-up the affairs of the company and distributing its assets.

38. A liquidator may, with the approval of the court, make such compromise or other arrangements with creditors or persons claiming to be creditors of the company as he deems expedient.

93. The property of the company shall be applied in satisfaction of its debts and liabilities, and the charges, costs and expenses incurred in winding-up its affairs.

94. All costs, charges and expenses properly incurred in the winding-up of a company, including the remuneration of the liquidator, are payable out of the assets of the company, in priority to all other claims.

95. The court shall distribute among the persons entitled thereto any surplus that remains after the satisfaction of the debts and liabilities of the company and the winding-up charges, costs and expenses, and unless otherwise provided by law or by the Act, charter or instrument of incorporation of the company, any property or assets remaining after the satisfaction shall be distributed among the members or shareholders according to their rights and interests in the company.

Unlike the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, the *Civil Code of Lower Canada*, which is applicable here, does not deal with undivided co-ownership, although it contains the following provision on indivision:

689. No one can be compelled to remain in undivided ownership; a partition may always be demanded notwithstanding any prohibition or agreement to the contrary.

It may however be agreed or ordered that the partition shall be deferred during a limited time, if there be any reason of utility which justifies the delay.

The *Civil Code of Lower Canada* also contains the following provisions:

1981. The property of a debtor is the common pledge of his creditors, and where they claim together they share its price rateably, unless there are amongst them legal causes of preference.

1982. The legal causes of preference are privileges and hypothecs.

h) faire et effectuer toutes les autres choses requises pour la liquidation des affaires de la compagnie et la répartition de son actif.

38. Le liquidateur peut, avec l'autorisation du tribunal, faire les compromis ou autres traités qu'il juge convenables, avec les créanciers ou les personnes qui se prétendent des créanciers de la compagnie.

93. Les biens de la compagnie sont employés à l'acquittement de ses dettes et engagements, et des frais, charges et dépenses occasionnés par la liquidation de ses affaires.

94. Les dépenses, charges et frais légitimes de la liquidation d'une compagnie, y compris la rémunération du liquidateur, sont payables sur l'actif de la compagnie par droit de priorité sur toutes autres réclamations.

95. Le tribunal distribue entre les personnes qui y ont droit tout surplus qui reste après l'acquittement des dettes et engagements de la compagnie et des frais de la liquidation, et, à moins qu'une règle de droit ou la loi de constitution, la charte ou le titre constitutif de la compagnie n'en dispose autrement, tout bien ou actif qui reste après cet acquittement est distribué entre les membres ou les actionnaires suivant les droits et les intérêts qu'ils ont dans la compagnie.

Le *Code civil du Bas Canada* qui trouve ici application ne traite pas de la copropriété indivise, contrairement au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, mais il contient la disposition suivante sur l'indivision:

689. Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraires.

Il peut cependant être convenu ou ordonné que le partage sera différé pendant un temps limité, s'il existe quelque raison d'utilité qui justifie ce retard.

Le *Code civil du Bas Canada* contient aussi les dispositions suivantes:

1981. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et, dans le cas de concours, le prix s'en distribue par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence.

1982. Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques.

18

19

V — Analysis(A) *Validity of the Indivision Agreements*

20 Undivided co-ownership is a special mode of ownership that arises by operation of law or the will of the parties. Marie Deschamps (now a Quebec Court of Appeal judge) described it very accurately as follows in her article “Vers une approche renouvelée de l’indivision” (1984), 29 *McGill L.J.* 215, at p. 221:

[TRANSLATION] Undivided co-ownership is the situation in which two or more persons hold property in common and none of them can claim any right to a specific portion of the property. Undivided co-ownership will be said to exist where two or more persons have the same type of rights in a property. Each of the undivided co-owners has rights in a fraction of the property, without that share being crystallized in a specific portion of the thing. Their right is abstract and incorporeal. It is only as a body that the undivided co-owners have a right in the physical object.

From the outset, therefore, a distinction must be drawn between the rights that an undivided co-owner may claim in the thing or physical object and the rights he or she has in his or her share, which is incorporeal property. The undivided co-owner may not claim an exclusive right in the thing or physical object since his or her share has not crystallized in a specific portion. The participation of all the undivided co-owners is needed to take any action whatsoever with respect to the thing considered as a whole.

21 The *Civil Code of Lower Canada* deals only very briefly with undivided ownership, unlike the new *Civil Code of Québec*, a number of articles of which concern undivided co-ownership, which is now much more common in Quebec. Under art. 689 *C.C.L.C.*, which is under the title on successions but is generally applicable, undivided ownership is exceptional; one cannot be compelled to remain in it, although for reasons of utility it may be agreed to defer partition of undivided co-ownership during a limited time.

22 Like Marie Deschamps, we can draw a distinction between the case of imposed undivided ownership, which occurs most often in matters of succession, when the heirs become undivided co-owners by operation of law or the will of the

V — AnalyseA) *La validité des conventions d’indivision*

La copropriété indivise est une modalité de la propriété qui peut résulter de la loi ou de la volonté des parties. Marie Deschamps (maintenant juge à la Cour d’appel du Québec) l’a très justement décrite comme suit dans son article «Vers une approche renouvelée de l’indivision» (1984), 29 *R.D. McGill* 215, à la p. 221:

L’indivision est la situation dans laquelle se trouvent plusieurs personnes détenant en commun un bien, sans qu’aucune de ces personnes ne puisse revendiquer de droit sur une portion concrète du bien. On dira qu’il y a indivision lorsque plusieurs personnes détiennent des droits de même nature sur un bien. Ainsi, chacun des indivisaires possède des droits sur une fraction du bien, sans que cette quote-part ne soit cristallisée sur une portion concrète de la chose. Leur droit est abstrait, incorporel. Ce n’est que l’ensemble des indivisaires qui possède un droit sur l’objet matériel.

Il faut donc distinguer, au départ, les droits qu’un indivisaire peut revendiquer sur la chose, objet matériel, des droits qu’il possède sur sa quote-part, bien incorporel. Sur la chose, objet matériel, l’indivisaire ne peut revendiquer aucun droit exclusif, puisque sa part n’est pas cristallisée dans une portion concrète. Le concours de tous les indivisaires sera requis pour poser quelque acte que ce soit sur la chose envisagée dans sa totalité.

Le *Code civil du Bas Canada* ne traite que très sommairement de l’indivision, contrairement au nouveau *Code civil du Québec*, qui consacre plusieurs articles à la copropriété indivise beaucoup plus utilisée actuellement au Québec. Selon l’article 689 *C.c.B.C.*, sous le titre des successions mais applicable de façon générale, l’indivision est exceptionnelle; on ne peut être contraint d’y demeurer, mais pour des motifs d’utilité on peut convenir de différer le partage d’une copropriété indivise pendant un temps limité.

On peut avec Marie Deschamps faire une distinction entre le cas d’indivision imposée, qui survient le plus souvent en matière de successions, quand les héritiers se retrouvent en indivision par opération de la loi ou la volonté du testateur, et le

testator, and the case of undivided ownership resulting from the will of the parties. She wrote the following, at pp. 235-36:

[TRANSLATION] [I]n the case of undivided ownership by agreement, the terms and conditions for terminating the indivision may have been the subject of an agreement. If so, the parties may have agreed on the manner in which they could terminate the indivision without necessarily resorting to an action in partition. . . .

The strictness of articles 689 and 746 of the Civil Code can be explained only by the fact that the legislature anticipated that this situation would be unwanted, undesirable and a source of conflict. However, this rule should be relaxed in cases where the parties have chosen to place themselves in this situation. Having made this choice, it would be unfair and inequitable to allow those same parties to use these rules to frustrate a project in which others have invested with them.

We therefore believe that the prohibition in article 689 of the Civil Code does not prevent those who agree to become undivided co-owners from providing for terms and conditions for terminating the indivision.

Like the trial judge, I adopt this opinion and agree that the parties are free to organize the exercise of their undivided rights and the terms and conditions for terminating the indivision by agreement.

Under art. 689 *C.C.L.C.*, undivided co-owners may agree to suspend their right to demand partition temporarily, but only for a justifiable reason of utility. The appellant and the debtor thus agreed in the indivision agreements to postpone the partition of their undivided interests for a period that would be the lesser of 35 years or the maximum term allowed by law. Under the *Civil Code of Lower Canada*, which applies here, there is no maximum term stipulated, unlike art. 1013 *C.C.Q.*, which sets the maximum term of an agreement to postpone partition at 30 years.

The indivision agreements include the following reference to reasons of utility justifying the postponement of partition:

[TRANSLATION] 10.3 The undivided co-owners recognize that they have thus waived an action in partition or for a

cas de l'indivision qui ressort de la volonté des parties. Elle écrit, aux pp. 235 et 236:

[D]ans le cas d'indivision conventionnelle, les modalités de la sortie de l'indivision peuvent avoir fait l'objet d'une convention. Les parties peuvent dans ce dernier cas avoir convenu entre elles de la façon dont elles pourraient sortir de l'indivision sans avoir nécessairement recours à l'action en partage . . .

La rigueur des articles 689 et 746 du Code civil ne peut s'expliquer que par le fait que le législateur entrevoyait cette situation comme indésirée, indésirable et source de conflit. Par contre, cette règle devrait être mitigée dans les cas où les parties ont elles-mêmes choisi de se placer dans cet état. L'ayant choisi, il serait injuste et inéquitable de permettre à ces mêmes parties d'utiliser ces règles pour faire avorter un projet dans lequel d'autres ont investi avec elles.

Nous croyons donc que la prohibition de l'article 689 du Code civil n'empêche pas les indivisaires conventionnels de régler les modalités de sortie de l'indivision.

Comme le juge de première instance, je fais mienne cette opinion et j'accepte que les parties soient libres d'organiser l'exercice de leurs droits indivis et les modalités de sortie de l'indivision par convention.

Selon l'article 689 *C.c.B.C.*, les indivisaires peuvent convenir de suspendre leur droit de demander le partage temporairement, et uniquement pour quelque raison d'utilité justifiable. L'appelant et la débitrice ont ainsi convenu dans les conventions d'indivision de reporter le partage de leurs intérêts indivis pour une période qui sera la moindre de 35 ans ou de la durée maximale permise par la loi. Sous le régime du *Code civil du Bas Canada* qui s'applique ici, il n'y a aucune durée maximale stipulée contrairement à l'art. 1013 *C.c.Q.* qui fixe la durée maximale d'une convention de report du partage à 30 ans.

Les conventions d'indivision comportent la mention suivante de raisons d'utilité justifiant le report du partage:

10.3 Les indivisaires reconnaissent qu'ils ont ainsi renoncé à l'action en partage ou en licitation pour plu-

23

24

25

sale by licitation for a number of reasons of common utility, including the possibility of obtaining hypothecary financing on the office tower and the desire to avoid the costs, delays, administrative difficulties and low realized prices that would result from an action in partition or for a sale by licitation.

(Indivision contract entered into between 119855 Canada Inc. and Coopérants on January 8, 1986, with respect to 3090 boul. Le Carrefour, Laval, Quebec (Exhibit R-9).)

26

In the case at bar, the parties expressly agreed on the terms and conditions of partition and sale by licitation. Moreover, in their agreements they explained the reasons of utility justifying the postponement of partition. A 35-year waiver of partition is not unjustified on its face, especially in view of the 30- to 35-year amortization period for the hypothecary financing. In my view, the contractual will of the two parties, both of whom were knowledgeable about real estate investments, must prevail and the Court must not intervene in these agreements. The waiver of partition clause is therefore valid.

(B) *Whether the Indivision Agreements Can Be Set Up Against the Liquidator*

27

Given that the agreements are valid, can they be set up against the liquidator? To decide this question, it is necessary properly to define and situate the liquidator's legal status.

28

Section 19 of the *Winding-up Act* provides that a company in respect of which a winding-up order has been made must cease to carry on its business, "except in so far as is, in the opinion of the liquidator, required for the beneficial winding-up thereof". This section establishes that the corporate state and all the corporate powers of the company "continue until the affairs of the company are wound up". As explained in *McCarter v. York County Loan Co.* (1907), 14 O.L.R. 420 (H.C.), at p. 422:

The only effect of the winding-up order is to prevent the company from carrying on its business except in so far as is, in the opinion of the liquidator, required for the beneficial winding up thereof; the corporate state and all

sieurs motifs d'utilité commune, y compris la possibilité d'obtenir du financement hypothécaire sur la tour à bureaux et le désir d'éviter les frais, délais, difficultés d'administration et faibles prix de réalisation qu'entraînerait une action en partage ou en licitation.

(Contrat d'indivision intervenu entre 119855 Canada Inc. et Les Coopérants, le 8 janvier 1986, concernant le 3090 boul. Le Carrefour, Laval, Québec (pièce R-9).)

En l'espèce, les parties ont convenu expressément de modalités de partage et de licitation. De plus, elles ont expliqué dans les conventions les motifs d'utilité justifiant le report du partage. Un terme de renonciation au partage pendant 35 ans n'est pas injustifié à sa face, surtout en regard de la période d'amortissement de 30 à 35 ans du financement hypothécaire. Je suis d'avis que la volonté contractuelle des deux parties, toutes les deux instruites des placements immobiliers, doit primer et la Cour ne doit pas intervenir dans ces conventions. La clause de renonciation au partage est donc valide.

B) *L'opposabilité des conventions d'indivision au liquidateur*

Les conventions étant valides, sont-elles opposables au liquidateur? Pour en décider, il est nécessaire de bien définir et situer le statut juridique du liquidateur.

L'article 19 de la *Loi sur les liquidations* dispose qu'une compagnie qui fait l'objet d'une ordonnance de mise en liquidation cesse ses opérations, «sauf dans la mesure où, de l'avis du liquidateur, il est nécessaire de les continuer dans l'intérêt de la liquidation». Cet article établit que l'état de personne morale de cette compagnie, ainsi que tous ses pouvoirs à ce titre, «persistent jusqu'à ce que ses affaires soient liquidées». Comme on l'explique dans *McCarter c. York County Loan Co.* (1907), 14 O.L.R. 420 (H.C.), à la p. 422:

[TRADUCTION] L'ordonnance de mise en liquidation a pour seul effet d'empêcher la compagnie de poursuivre ses opérations sauf dans la mesure où, de l'avis du liquidateur, il est nécessaire de les continuer dans l'intérêt de

the corporate powers of the company continue until the affairs of the company are wound up

Similarly, in *Jolicœur v. Boivin et Cie*, [1951] R.P. 369, at p. 372, the Superior Court stated:

[TRANSLATION] [T]he defendant company does not cease to exist when it is being wound up. Winding-up requires the company to cease carrying on its business, but does not deprive it of its legal existence, its corporate state or status or even the powers it has as a corporation. The defendant company will not cease to exist until its affairs have been wound up and the proceeds of the winding-up distributed to its creditors and its shareholders, where applicable.

Contrary to what occurs in the case of bankruptcy, the company continues to own its property, which is not transferred to the liquidator. Under s. 33 of the *Winding-up Act*, the liquidator takes all the company's property, effects and choses in action "into his custody or under his control", whereas under s. 71(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, the property of a bankrupt "shall . . . forthwith pass to and vest in the trustee" and under s. 74(1) of that statute a receiving order or assignment may be registered by or on behalf of the trustee in respect of any real property that the bankrupt owns. As Professor Bohémier explained in *Faillite et insolvabilité* (1992), vol. 1, at p. 726:

[TRANSLATION] Bankruptcy entails the divestment of the debtor in favour of the trustee. The trustee's primary responsibility as administrator is to determine what property is part of the bankruptcy and to take the necessary steps to obtain possession thereof and ensure its protection.

The trustee must immediately take possession of the bankrupt's property, deeds and documents and make an inventory thereof.

He added, at p. 732, that [TRANSLATION] "the primary purpose of such registration is to enable the trustee to appear as owner of the immovable", free of the charges mentioned elsewhere in the statute, including judicial hypothecs.

la liquidation; l'état de personne morale de la compagnie et tous ses pouvoirs à ce titre persistent jusqu'à ce que ses affaires soient liquidées . . .

De même, dans *Jolicœur c. Boivin et Cie*, [1951] R.P. 369, à la p. 372, la Cour supérieure a dit ceci:

[L]a compagnie défenderesse ne cesse pas d'exister à sa mise en liquidation. La mise en liquidation oblige la compagnie à cesser ses opérations, mais ne lui fait pas perdre son entité juridique, sa personnalité morale, son statut de corporation ni même les pouvoirs qu'elle a en qualité de corporation. La compagnie défenderesse ne cessera d'exister que lorsque ses affaires auront été liquidées et le produit de la liquidation distribué à ses créanciers et à ses actionnaires, s'il y a lieu.

Contrairement à ce qui prévaut en cas de faillite, les biens de la compagnie restent la propriété de la compagnie, et ne sont pas transférés dans les mains du liquidateur. Selon l'article 33 de la *Loi sur les liquidations*, le liquidateur prend tous les biens, effets et droits incorporels de la compagnie «en sa garde ou sous son contrôle» alors que le par. 71(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, prévoit que les biens du failli «doivent [. . .] immédiatement passer et être dévolus au syndic», et le par. 74(1) de cette loi autorise le syndic à enregistrer en son nom l'ordonnance de séquestre ou la cession sur tout bien immeuble appartenant au failli. Le professeur Bohémier, dans son ouvrage *Faillite et insolvabilité* (1992), t. 1, à la p. 726, explique:

La faillite entraîne le dessaisissement du débiteur au profit du syndic. La responsabilité première du syndic en tant qu'administrateur est de déterminer quels sont les biens qui font partie de la faillite et de prendre les mesures nécessaires pour en obtenir la possession et en assurer la protection.

Le syndic doit immédiatement prendre possession des biens, des titres et documents du failli et en dresser un inventaire.

Il ajoute, à la p. 732, que «l'intérêt principal de cet enregistrement est de permettre au syndic d'apparaître comme propriétaire de l'immeuble», libre des charges mentionnées ailleurs dans la loi, notamment des hypothèques judiciaires.

29

30

31

32 The difference between the two schemes was described as follows in *Partington v. Cushing* (1906), 1 E.L.R. 493 (N.B.S.C.), at pp. 494-95:

There is in reality but little analogy between a winding-up of a company and a bankruptcy. The property of a bankrupt vests by operation of law in his assignee; the title as well as the control is completely divested from the one and vested in the other. Nothing of the kind takes place in the case of a winding-up. The title to the company's property remains in the company; the control and management and disposal of it is taken from the directors and placed in the liquidators, who simply are officers of the Court, receivers and managers acting under the direction of the Court, for the purpose of closing up the company's business, realizing its assets and making a legal distribution thereof among the creditors and shareholders. . . . Every statutory power conferred upon the liquidators is given with a view to the speedy, inexpensive and effectual accomplishment of this object.

33 See also *McCarter, supra*, at p. 422:

The liquidator seems to be somewhat in the position of a receiver or agent appointed by the Court to represent the company for the purposes of the Act; not as an assignee, but as the statutory representative of the company for the purposes of winding up. The liquidator has power, with the approval of the Court, to sell the real estate of the company; in this case it was authorized to sell the property in question; it could sell only subject to the terms and conditions of the plaintiff's lease; possession could be given only upon expiry of the plaintiff's term; and the provision regarding the plaintiff's right to purchase was, I think, equally binding upon the liquidator.

Authors have expressed the same view. In *Fraser & Stewart Company Law of Canada* (6th ed. 1993), we find the following at p. 845:

The liquidator is an officer of the court, appointed by the court to perform the functions prescribed by the Act and exercising his powers and performing his duties under the court's supervision. The corporate state and all the powers of the corporation continue after a winding-up order is made; but from the time of such order the corporation is to cease to carry on business, except in so far as the liquidator considers it necessary for its

La différence entre les deux régimes est décrite dans *Partington c. Cushing* (1906), 1 E.L.R. 493 (C.S.N.-B.), aux pp. 494 et 495:

[TRADUCTION] Il n'y a, en réalité, que peu d'analogie entre la liquidation d'une compagnie et une faillite. Les biens d'un failli sont de plein droit dévolus au cessionnaire; le titre de propriété à leur égard et le contrôle sur ceux-ci sont retirés totalement à l'un et dévolus à l'autre. Rien de semblable ne se produit dans le cas d'une liquidation. La compagnie conserve son titre de propriété sur ses biens; le pouvoir de les contrôler, de les gérer et d'en disposer passe des administrateurs aux liquidateurs, qui sont simplement des officiers du tribunal, des séquestres et des gestionnaires agissant sous la direction du tribunal, aux fins de la cessation des opérations de la compagnie, de la réalisation de son actif et de son partage légal entre les créanciers et les actionnaires [. . .] Tout pouvoir conféré par la Loi aux liquidateurs leur est accordé en vue de réaliser cet objectif de manière rapide, peu coûteuse et efficace.

Voir aussi l'affaire *McCarter*, précitée, à la p. 422:

[TRADUCTION] Le liquidateur semble être quelque peu dans la position d'un séquestre ou d'un mandataire nommé par le tribunal pour représenter la compagnie aux fins de la Loi, non pas à titre de cessionnaire des biens, mais en qualité de représentant légal de la compagnie aux fins de la liquidation. Le liquidateur a le pouvoir, avec l'approbation de la cour, de vendre les immeubles de la compagnie; en l'espèce, il était autorisé à vendre les biens en question; il pouvait les vendre seulement sous réserve des modalités du bail du demandeur; la possession ne pouvait en être attribuée qu'à l'expiration du bail du demandeur; et la disposition relative au droit du demandeur de les acheter liait également, à mon avis, le liquidateur.

La doctrine va dans le même sens. *Fraser & Stewart Company Law of Canada* (6^e éd. 1993), à la p. 845, expose:

[TRADUCTION] Le liquidateur est un officier du tribunal, nommé par ce dernier pour exercer les fonctions prescrites par la Loi, et il exerce ses pouvoirs et s'acquitte de ses obligations sous la surveillance du tribunal. L'état de personne morale de la compagnie et tous ses pouvoirs à ce titre persistent à la suite d'une ordonnance de mise en liquidation; mais dès qu'une telle ordonnance est rendue, la compagnie doit cesser ses opérations, sauf dans la mesure où le liquidateur estime nécessaire de les continuer dans l'intérêt de la liquida-

beneficial winding up (s. 19). Even then, the liquidator must have the court's approval to do so under s. 35.

From the perspective of the legal winding-up scheme, therefore, the liquidator is an officer of the court whose function it is to close up the company's business and distribute its assets to its creditors. The liquidator is not a third party in relation to the insolvent company, but is the person designated by the court to act in place of the directors of the company being wound up. Accordingly, the appellant's interest in the immovables (an interest created purely by agreement in this case) need not be registered to be set up against the liquidator, because the liquidator is acting for the debtor.

Even though the contracts previously entered into between the appellant and the debtor can in principle be set up against the liquidator because no fraudulent preference has been alleged, in particular under the relevant provisions of the *Winding-up Act* (ss. 96 to 102), there remains the question of whether, and to what extent, the imposition of a winding-up scheme may affect the future performance of obligations agreed on earlier that have some effect on what assets are to be distributed to the other creditors. It is necessary to refer to the purpose of the statute in this regard.

In *Re J. McCarthy & Sons Co. of Prescott Ltd.* (1916), 38 O.L.R. 3, at p. 9, the Ontario Court of Appeal described this purpose as follows:

The purpose of the Act is to wind up, finally, the affairs of the company as inexpensively and speedily as possible, in the interests of the creditors, and all others concerned in it, primarily; and, for the common good, all are equally deprived of some of their ordinary rights, including a right of action, and all that may follow upon that right, such as mode of trial, right of appeal, etc., and all are confined to the remedies which the Act provides or permits.

The purpose of the statute is to arrange for the closing down of the company's business in an orderly and expeditious manner while minimizing, as far as possible, the losses and harm suffered by both the creditors and other interested parties and by distributing the assets in accordance with the

tion (art. 19). Même alors, le liquidateur doit obtenir l'approbation du tribunal pour agir ainsi, en vertu de l'art. 35.

Dans la perspective du régime légal de liquidation, donc, le liquidateur est un officier du tribunal qui a pour fonction de mettre fin aux opérations de la compagnie et de distribuer son actif aux créanciers. Il n'est pas un tiers vis-à-vis de la compagnie insolvable. Il est la personne désignée par le tribunal pour agir à la place des administrateurs de la compagnie en liquidation. Donc, l'intérêt de l'appelant dans les immeubles (ici, un intérêt purement conventionnel) n'a pas à être enregistré pour être opposable au liquidateur, parce que le liquidateur agit pour la débitrice.

Même si les contrats antérieurement convenus entre l'appelant et la débitrice sont opposables en principe au liquidateur puisqu'on n'invoque pas quelque préférence frauduleuse, notamment par application des dispositions de la *Loi sur les liquidations* à cet égard (art. 96 à 102), il reste à savoir si, et dans quelle mesure, l'imposition d'un régime de liquidation peut affecter l'exécution future des obligations antérieurement convenues qui ont un effet quelconque sur le contenu de l'actif à distribuer aux autres créanciers. On doit se reporter à l'objet de la loi.

Dans l'arrêt *Re J. McCarthy & Sons Co. of Prescott Ltd.* (1916), 38 O.L.R. 3, à la p. 9, la Cour d'appel de l'Ontario l'a décrit ainsi:

[TRADUCTION] La Loi vise à liquider définitivement les affaires de la compagnie de la manière la plus économique et la plus rapide possible, dans l'intérêt des créanciers et des autres intéressés, avant tout; et, pour le bien commun, tous sont également privés de certains de leurs droits ordinaires, y compris un droit d'action et tout ce qui peut s'ensuivre relativement à ce droit, comme le genre de procès, le droit d'appel, etc., et tous sont limités aux recours que la Loi prévoit ou permet.

Le but de la loi est de ménager la fin des opérations de la compagnie de façon ordonnée et diligente en minimisant, dans la mesure du possible, les pertes et préjudices tant aux créanciers qu'aux autres intéressés et en distribuant les actifs selon la loi. Le mécanisme prévu est l'assujettissement des

34

35

36

37

Act. The mechanism provided consists in requiring the court's leave for proceedings by the creditors (ss. 21 and 22) and giving responsibility for the company's affairs to a court-appointed liquidator, who acts as an officer of the court, under its control and in accordance with its directives (s. 19). The court and the liquidator must respect and give effect to the creditors' rights as much as possible, taking their nature into account and not disregarding the other interests involved. As Galipeault C.J.Q. stated in *Maranda-Desaulniers v. Peckham*, [1953] B.R. 163, at p. 172, the court has a discretionary power in this regard:

[TRANSLATION] In making decisions, a liquidator acting under the Winding-up Act is subject only to the orders of the court (R.S.C., c. 213, s. 35), since the duty of an inspector appointed by court order for the winding-up is merely to assist and advise the liquidator in the winding-up of the company's business (s. 41).

In selling the property of a company that is being wound up, the liquidator is subject to the court's control (s. 35), and nothing in the Act itself limits the court's discretion in exercising such control. The liquidator must of course take into account the creditors' interests and wishes, but he is not bound by what the creditors want. It is up to him to determine what actions are most likely to protect the creditors' interests.

38

In performing this task and choosing how to dispose equitably and most beneficially of the property of the company being wound up, there may be several factors to consider. It is in this regard that the court may be called upon to intervene in the exercise of its discretion. In the present case, an application has thus been made for the specific performance of an obligation under a bilateral contract. That obligation differs from a monetary debt for which the consideration has already been received and which, subject to the prior claims provided for by law, is resolved in the event of insolvency by the *pari passu* ranking of the creditors' claims to the proceeds of the winding-up. It is therefore an obligation to do, and more particularly an obligation to give, the subject of which is a unique, non-fungible and indivisible property with respect to which the appellant, as co-owner, has a specific interest and is liable to suffer specific

recours des créanciers à la permission de la cour (art. 21 et 22) et la prise en charge des affaires de la compagnie par un liquidateur nommé par le tribunal qui agit comme officier de celui-ci, sous son contrôle et selon ses directives (art. 19). Le tribunal et le liquidateur doivent respecter et donner effet dans la mesure du possible aux droits des créanciers en tenant compte de leur nature et sans faire abstraction des autres intérêts en présence. Comme l'a dit le juge en chef Galipeault dans l'arrêt *Maranda-Desaulniers c. Peckham*, [1953] B.R. 163, à la p. 172, le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire:

Le liquidateur agissant en vertu de la Loi des liquidations n'est assujéti dans ses décisions qu'aux ordres de la Cour (art. 35, ch. 213 S.R.C.), tout inspecteur nommé à la liquidation par ordre du tribunal n'ayant pour fonctions et devoir que d'assister et conseiller le liquidateur dans la liquidation des affaires de la compagnie (art. 41).

Lorsqu'il s'agit de la vente des biens d'une compagnie en liquidation, le liquidateur est assujéti au contrôle de la Cour (art. 35), et rien dans la loi même ne limite le pouvoir discrétionnaire de la Cour dans l'exercice de ce contrôle. Il lui incombe certainement de tenir compte des intérêts et des désirs des créanciers, mais il n'est pas assujéti à la volonté même des créanciers. Il lui appartient de déterminer quels sont les actes les plus susceptibles de protéger les intérêts de ces derniers.

Dans l'accomplissement de cette tâche et le choix du mode de disposition des biens de la compagnie en liquidation au meilleur avantage et de façon équitable, il peut y avoir plusieurs éléments à considérer. C'est ici que le tribunal peut être appelé à intervenir dans l'exercice de sa discrétion. Ainsi, en l'espèce, il s'agit d'une demande d'exécution en nature d'une obligation selon un contrat synallagmatique. Elle se démarque d'une créance monétaire dont la contre-partie a déjà été reçue et qui en cas d'insolvabilité se résout, sous réserve des priorités prévues par la loi, par le concours *pari passu* des créanciers au produit de la liquidation. Il s'agit donc d'une obligation de faire et plus précisément une obligation de donner ayant pour objet un bien qui est unique, non fungible et indivisible à l'égard duquel l'appellant, à titre de copropriétaire, a un intérêt particulier et est susceptible de subir un préjudice particulier. Il s'est engagé

harm. He made commitments in a context of continuity over time and reciprocity and has fulfilled and is offering to fulfil his obligations. The obligations involved are comparable in a number of respects to those under a lease of an immovable granted by the insolvent owner thereof. It has been recognized that such a lease may be set up even against a trustee in bankruptcy (*McCarter, supra; Brault v. Langlois*, [1954] B.R. 41; and *In re Palais des Sports de Montréal Ltée*, [1960] B.R. 1012). It is advisable to respect such contracts and ensure that they are as stable as possible. (See Henri de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge* (1953), vol. 6, Nos. 721-22, at pp. 621-22, on the application of the principle of *pari passu* ranking of claims, under Belgian statutory provisions similar to arts. 1981 and 1982 *C.C.L.C.*, to obligations to do in respect of which specific performance is available.)

Moreover, these assets cannot be wound up except by disposing of them for a price. The liquidator will have to sell the debtor's undivided share in the two immovables in any event. The amount realized from that sale will be part of the common pledge of the company being wound up and will be distributed to the creditors. By selling the debtor's undivided share to the appellant, the liquidator will avoid the administrative expenses of a forced sale of the immovable and the risks of sale at a loss.

It is therefore clear that, at least for the same price, there is no advantage in selling to a purchaser other than the appellant. The assets available for distribution to the other creditors are not diminished. Even if this may mean that the appellant's claim is satisfied while unsecured monetary claims are not, the other unsecured creditors cannot complain because they will not be suffering any harm. On the other hand, a refusal to sell to the appellant may cause him harm related to the nature and object of his rights, harm that is completely gratuitous since it does not benefit the other creditors in any way. In deciding on the course to take in such a situation, the liquidator and the court, in the exercise of its discretion, must take into account both the benefits to be obtained and the harm caused in order to distribute them as equally

dans un contexte de continuité dans le temps et de réciprocité et a rempli et offre de remplir ses obligations. Les obligations en présence se comparent à plusieurs égards à celles d'un bail consenti par l'insolvable d'un immeuble qui lui appartient. L'opposabilité d'un tel bail, même à un syndic en faillite, a été reconnue (*McCarter*, précité; *Brault c. Langlois*, [1954] B.R. 41, et *In re Palais des Sports de Montréal Ltée*, [1960] B.R. 1012). Il y a intérêt à respecter de tels contrats et à assurer leur stabilité dans la mesure du possible. (Voir Henri de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge* (1953), t. 6, nos 721 et 722, aux pp. 621 et 622, traitant de l'application du principe du concours aux obligations de faire donnant ouverture à l'exécution en nature selon les dispositions du droit belge similaires aux art. 1981 et 1982 *C.c.B.C.*)

Par ailleurs, la liquidation de cet actif ne peut se faire qu'en en disposant pour un prix. Le liquidateur devra en toute hypothèse vendre la part indivise de la débitrice dans les deux immeubles. La somme recueillie de cette vente fera partie du gage commun de la compagnie en liquidation et sera distribuée aux créanciers. En vendant la part indivise de la débitrice à l'appellant, le liquidateur évite les frais d'administration d'une vente forcée de l'immeuble et les risques de mévente.

Il est donc certain que pour le moins à prix égal il n'y a pas avantage à vendre à un acheteur autre que l'appellant. La masse disponible pour distribution aux autres créanciers n'est pas diminuée. Même s'il peut arriver ainsi que la créance de l'appellant soit satisfaite alors que des créances monétaires ordinaires ne le soient pas, ces autres créanciers ordinaires ne sauraient s'en plaindre puisqu'ils ne souffrent pas préjudice. À l'opposé, le refus de vendre à l'appellant est susceptible de lui causer un préjudice lié à la nature et à l'objet de ses droits, un préjudice qui est tout à fait gratuit puisqu'il n'apporte aucun bénéfice aux autres créanciers. Dans un tel contexte, le liquidateur et le tribunal dans l'exercice de sa discrétion en décidant de la marche à suivre doivent tenir compte à la fois des bénéfices à obtenir et des préjudices

39

40

as possible. The *pari passu* rule among unsecured creditors can be fully applied only for fungible obligations. In other cases, it must be tempered with equity to ensure that the burdens imposed on unsecured creditors are minimized and distributed as fairly as possible.

causés afin de les répartir aussi également que possible. La règle du *pari passu* entre créanciers ordinaires ne peut recevoir une application intégrale que pour les obligations fongibles. Dans les autres cas, elle doit être tempérée d'équité afin que les fardeaux subis par les créanciers ordinaires soient minimisés et répartis aussi équitablement que possible.

41 The principle that must guide the court in exercising its discretion in such a case is that of respect for contracts signed in good faith prior to the winding-up, unless the obligations contained therein are prejudicial to the other creditors and give rise to an unjust preference in light of all the circumstances, in which case equitable relief will be available.

Le principe qui doit guider le tribunal dans l'exercice de sa discrétion en tel cas est celui du respect des contrats signés de bonne foi antérieurement à la liquidation, à moins que les obligations y contenues ne soient préjudiciables aux autres créanciers et donnent lieu à une préférence injuste eu égard à l'ensemble des circonstances, auquel cas il pourra y avoir redressement équitable.

(C) *Harm to the Other Creditors*

C) *Préjudice aux autres créanciers*

42 The indivision agreements provide that if one of the parties is wound up the other will be entitled, on the terms and conditions specified, to purchase the undivided share held by the company being wound up. The purchase price of this undivided share is either the price offered by the purchaser or, if the other party refuses it, a price determined by appraisers appointed by both parties or a Superior Court judge in accordance with the procedure established. The method for determining the price is as follows: the appraisers must appraise the immovable as a whole without regard to the fact that it is held in undivided co-ownership and must determine the fair market value of the undivided interest as a fraction — half in this case — of the whole. The price to be paid for the undivided interest is 75% of that market value as determined in this manner.

Les conventions d'indivision stipulent qu'advenant la mise en liquidation d'une des parties, l'autre partie aura le droit d'acheter la part indivise détenue par la société en liquidation aux conditions prévues. Le prix d'achat de cette part indivise est soit le prix offert par l'acheteur soit, en cas de refus de l'autre partie, un prix déterminé par des évaluateurs nommés par les deux parties ou un juge de la Cour supérieure selon la procédure prévue. La formule d'évaluation de prix est la suivante: les évaluateurs doivent évaluer l'immeuble comme un tout sans égard au fait qu'il est détenu en indivision, et déterminer la juste valeur marchande de l'intérêt indivis comme fraction, soit ici la moitié, de ce tout. Le prix à payer pour l'intérêt indivis est 75 % de cette valeur marchande de l'intérêt indivis ainsi déterminée.

43 Certain comments should be made about this method for determining the price. The price to be paid is not 75% of the market value of the debtor's undivided interest in light of the restrictions to which the ownership of that undivided portion is subject. Such restrictions should normally be reflected in the price the liquidator can obtain for such an interest. It therefore cannot be concluded that, on the face of it, the price provided for is less than the market value of the undivided share in

Cette formule d'évaluation appelle certains commentaires. Le prix à payer n'est pas 75 % de la valeur marchande de l'intérêt indivis de la débitrice eu égard aux restrictions qui existent sur la propriété de cette portion indivise. De telles restrictions doivent normalement se refléter sur le prix que le liquidateur pourrait obtenir pour cet intérêt. On ne peut donc en conclure qu'à sa face même le prix prévu soit inférieur à la valeur marchande de la part indivise en indivision ou soit sus-

undivided co-ownership or is liable to harm the other creditors. Nor, *a fortiori*, has it been established that the harm caused to the other unsecured creditors would be disproportionate to the harm caused to the appellant, given the nature of his claim, by a failure to comply with the agreements and would create an unjust preference in his favour.

The value of the debtor's undivided shares is not in evidence. The parties have not had the immovable appraised in accordance with the indivision agreements, since the liquidator applied to a court rather than giving effect to them; hence there is also no evidence as to the price that the appellant would have to pay under the agreements. In the absence of such evidence, which would permit a comparison between the price payable under the agreements and the market value in undivided co-ownership of the debtor's shares, it cannot be concluded that complying with the mandatory sale clauses in the indivision agreements would harm the other creditors. The respondent argues that an appraisal at 75% on the basis of the immovable's value without regard to the undivided co-ownership is less than the market value of the undivided rights and is therefore prejudicial to the other creditors' interests. It has not established this, however.

Since the clauses providing for the mandatory sale of the undivided interests in the immovables may be set up against the debtor and the respondent, which represents it, the respondent must comply with them provided that they do not create an unjust preference in favour of the appellant.

Their implementation remains subject to the controlling discretionary power of the court to which the parties may apply, if necessary, to clarify the terms and conditions of such implementation in the context of the winding-up. The parties' rights in this regard should be reserved.

VI — Disposition

For these reasons, I would allow the appeal and declare that the clauses providing for the mandatory sale to the appellant of the undivided shares of the two immovables at the prices pro-

ceptible de causer préjudice aux autres créanciers. À plus forte raison, n'a-t-on pas fait la preuve que le préjudice aux autres créanciers ordinaires serait disproportionné au préjudice causé à l'appellant par le non-respect des conventions, eu égard à la nature de sa créance, et entraînerait une préférence injuste en faveur de l'appellant.

La valeur des parts indivises appartenant à la débitrice n'est pas en preuve. Les parties n'ont pas procédé à une évaluation de l'immeuble selon les dispositions des conventions d'indivision, le liquidateur s'étant adressé au tribunal plutôt que d'y donner suite, donc il n'y a pas non plus de preuve quant au prix que l'appellant aurait à payer selon les conventions. En l'absence de cette preuve qui permettrait une comparaison entre le prix à payer selon les conventions et la valeur marchande en indivision des parts appartenant à la débitrice, on ne peut conclure que le respect des clauses de vente obligatoire dans les conventions d'indivision causerait préjudice aux autres créanciers. L'intimée prétend que l'évaluation à 75 % en fonction de la valeur de l'immeuble sans égard à l'indivision est inférieure à la valeur marchande des droits indivis et donc préjudiciable aux intérêts des autres créanciers. Elle n'en a cependant pas fait la preuve.

Les clauses de vente obligatoire des intérêts indivis dans les immeubles étant opposables à la débitrice et à l'intimée qui la représente, celle-ci doit s'y conformer dans la mesure où elles ne font pas bénéficier l'appellant d'une préférence injuste.

Leur mise en œuvre demeure soumise au pouvoir discrétionnaire de contrôle du tribunal auquel les parties pourront s'adresser, le cas échéant, pour en faire préciser les modalités dans le cadre de la liquidation. Il y a lieu de réserver les droits des parties à cet égard.

VI — Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer les clauses de vente obligatoire à l'appellant des parts indivises des deux immeubles aux prix visés par les conventions d'in-

44

45

46

47

vided for in the indivision agreements (Exhibits R-9, R-10 and R-11) are valid and may be set up against the respondent, subject to the parties' right to apply to court, if necessary, to clarify the terms and conditions of the implementation of those clauses in the context of the winding-up, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the respondent: Guy & Gilbert, Montréal.

division (pièces R-9, R-10 et R-11) valides et opposables à l'intimée, sous réserve des droits des parties de s'adresser au tribunal, le cas échéant, pour préciser les modalités de leur mise en œuvre dans le cadre de la liquidation, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Guy & Gilbert, Montréal.

Allen Jacob Lewis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Allen Frances Lewis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Jacob Kenneth Lewis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Alliance of Tribal Councils, the BC Fisheries Survival Coalition, the BC Wildlife Federation and the Canadian National Railway Company *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. LEWIS

File No.: 23802.

1995: November 29; 1996: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians — Fishing — Management of fish “on the reserve” — Indian band members charged with contravening fishery regulations — Indian band by-law permitting fishing on Indian band waters at any time —

Allen Jacob Lewis *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Allen Frances Lewis *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Jacob Kenneth Lewis *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, l'Alliance of Tribal Councils, la BC Fisheries Survival Coalition, la BC Wildlife Federation et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEWIS

N° du greffe: 23802.

1995: 29 novembre; 1996: 25 avril.

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

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

Indiens — Pêche — Régie du poisson «dans la réserve» — Membres de la bande indienne accusés d'avoir contrevenu au règlement de pêche — Le règlement administratif de la bande autorise la pêche en tout

Indian Act authorizing band council to make by-laws for management of fish "on the reserve" — Whether by-law affords defence to charges — Whether fishery adjacent to reserve included as part of reserve — Whether river bed or any part of river bed "on the reserve" — Presumption ad medium filum aquae — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81(1)(o) — Squamish Indian Band By-law No. 10.

All three appellants, who are members of the Squamish Indian Band and reside at the Cheakamus Reserve, were charged with contravening the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. On three different occasions in 1985 and 1986, two of the appellants engaged in "net fishing" on the Squamish River in an area immediately contiguous to the reserve. In the case of the third appellant, the fishing took place on the west side of the Squamish River, opposite the reserve. All three appellants claimed that they were authorized by Squamish Indian Band By-law No. 10 to fish at the time and in the manner in question. The by-law authorizes band members to fish "upon Squamish Indian Band waters", which are defined as "water situate upon or within the boundaries of Reserves". The by-law was passed pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, which authorizes a band council to make by-laws for "the preservation, protection and management of . . . fish . . . on the reserve". The appellants were convicted. On appeal, the County Court judge applied the presumption *ad medium filum aquae*, and found that the boundary of the reserve extended to the mid-line of the Squamish River. He concluded that By-law No. 10 constituted a complete defence in cases where the fishing took place on the east (or reserve) side of the river. The appeals of the first two appellants were allowed, since they had been fishing on the east side of the Squamish River, while the third appellant's appeal was dismissed because he had been fishing on the west side. The Court of Appeal allowed the Crown's appeals against the acquittals and dismissed the third appellant's appeal against his conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

By-law No. 10, enacted by the Squamish Band Council pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, does not

temps dans les eaux de la bande indienne — La Loi sur les Indiens autorise le conseil de bande à prendre des règlements administratifs pour la régie du poisson «dans la réserve» — Le règlement administratif offre-t-il un moyen de défense contre les accusations? — Une pêcherie adjacente à une réserve fait-elle partie de la réserve? — Le lit de la rivière se trouve-t-il, pour tout ou partie, «dans la réserve»? — La présomption ad medium filum aquae — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81(1)(o) — Règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish.

Les trois appelants, qui sont membres de la Bande indienne de Squamish et habitent la réserve de Cheakamus, ont été accusés d'avoir contrevenu au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. À trois occasions en 1985 et 1986, deux des appelants ont «pêché au filet» dans la rivière Squamish, à un endroit adjacent à la réserve. Le troisième appellant a pour sa part pêché du côté ouest de la rivière Squamish, en face de la réserve. Les trois appelants ont affirmé que le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish les autorisait à pêcher aux dates où ils l'ont fait et par le moyen qu'ils ont utilisé. Le règlement administratif autorise les membres de la bande à pêcher «dans les eaux de la Bande indienne de Squamish», qui sont définies comme étant les «eaux situées dans les réserves [. . .] ou à l'intérieur des limites de ces réserves». Ce règlement administratif a été pris conformément à l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, qui autorise un conseil de bande à prendre des règlements administratifs pour «la conservation, la protection et la régie [. . .] du poisson [. . .] dans la réserve [*«on the reserve»*]». Les appelants ont été déclarés coupables. En appel, le juge de la Cour de comté a appliqué la présomption *ad medium filum aquae* et conclu que les limites de la réserve de Cheakamus s'étendaient jusqu'au milieu de la rivière Squamish. Il a jugé que le règlement administratif n° 10 constituait une défense absolue à l'égard des activités de pêche ayant eu lieu du côté est de la rivière Squamish (du côté de la réserve). Les appels interjetés par les deux premiers appelants ont été accueillis, étant donné qu'ils avaient pêché du côté est de la rivière Squamish; l'appel formé par le troisième appellant a été rejeté parce qu'il avait pêché du côté ouest de la rivière. La Cour d'appel a accueilli les appels interjetés par le ministère public contre les acquittements, et elle a rejeté l'appel formé par le troisième appellant contre sa déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le règlement administratif n° 10, pris par le conseil de la Bande indienne de Squamish en application de l'al.

apply to the fishery in the Squamish River at the Cheakamus Reserve and therefore cannot constitute a defence to the charges against the appellants pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations*.

The fishery itself is not part of the Cheakamus Reserve. A desire of both the provincial and federal governments to support and protect native fishing does not amount to granting exclusive fisheries. In fact, statements and legislation both before and after Confederation demonstrate that the Crown's policy was to treat Indians and non-Indians equally as to the use of the water and not to grant exclusive use of any public waters for the purpose of fishing. The Crown's general policy of not granting exclusive fisheries to Indians equally extends to the allotment of the Cheakamus Reserve. A brief review of the historical circumstances surrounding this particular grant clearly evinces an intention to allocate land, such as fishing stations, but not the Squamish River as forming part of the reserve. Assuming, without deciding, that the Crown had a fiduciary duty to include the river as part of the reserve in order to secure the fishery for the Band, that duty was fulfilled. First, it appears from the historical evidence that any fiduciary obligation on the part of the Crown to secure access to the fishery for the Band was honoured by providing fishing stations for their use. Furthermore, the fact that the Crown did not secure a larger access to the fishery for the Band, in addition to the fishing stations, did not amount to exploitation.

The *ad medium filum aquae* presumption is a common law rule by which ownership of the bed of a non-tidal river or stream belongs in equal halves to the owners of riparian land. This presumption can be rebutted either by the terms of the instrument, or circumstances surrounding the grant or conveyance indicating a different intention. Assuming without deciding that the *ad medium filum aquae* presumption applies to Indian reserves, in western Canada at least it does not apply to navigable rivers. Since the Squamish River is navigable, as explicitly found by the trial judge, the *ad medium filum* presumption cannot apply, and the question whether in the circumstances the presumption was rebutted does not arise. Consequently, the boundaries of the reserve are limited by the natural boundary of the Squamish River, and not the middle thread of the river.

81(10) de la *Loi sur les Indiens*, ne s'applique pas à la pêche dans la rivière Squamish, à la hauteur de la réserve Cheakamus, et, en conséquence, il ne peut constituer une défense absolue à l'égard des accusations portées contre les appelants en vertu du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*.

La pêche elle-même ne fait pas partie de la réserve de Cheakamus. Le désir des gouvernements fédéral et provinciaux d'appuyer et de protéger la pêche autochtone n'équivaut pas à la concession de pêcheries exclusives. De fait, des déclarations et des textes de loi, tant préconfédératifs que postconfédératifs, démontrent que la Couronne avait comme politique de traiter les Indiens et les non-Indiens de la même façon en matière d'utilisation des eaux, et de ne pas concéder de droit exclusif d'utilisation de quelque étendue d'eau publique pour la pêche. La politique générale de la Couronne de ne pas accorder de pêcheries exclusives aux Indiens s'applique également à l'attribution de la réserve de Cheakamus. Un bref examen des circonstances historiques de cette attribution démontre clairement l'existence d'une intention d'attribuer, en tant que terres faisant partie de la réserve, certains lieux tels des postes de pêche, mais non la rivière Squamish. À supposer, sans toutefois en décider, que la Couronne avait l'obligation de fiduciaire d'inclure la rivière dans la réserve afin de garantir la pêche à la bande, elle s'en est acquittée. Premièrement, il ressort de la preuve de nature historique que, en établissant des postes de pêche, la Couronne s'est acquittée de toute obligation de fiduciaire qu'elle pouvait avoir de garantir à la bande l'accès à la pêche. De plus, le fait que la Couronne n'ait pas assuré à la bande un accès plus étendu à la pêche, outre l'établissement de postes de pêche, n'équivaut pas à de l'exploitation.

La présomption *ad medium filum aquae* est une règle de common law en vertu de laquelle le lit d'une rivière ou d'un ruisseau sans marée appartient en parts égales aux propriétaires des fonds riverains. Cette présomption peut être réfutée soit par les termes de l'acte, soit par les circonstances de l'attribution ou du transfert si elles indiquent une intention différente. À supposer, sans toutefois trancher la question, que la présomption *ad medium filum aquae* s'applique aux réserves indiennes, dans l'ouest canadien à tout le moins cette présomption ne s'applique pas aux rivières navigables. Puisque la rivière Squamish est navigable, comme le juge du procès l'a explicitement conclu, la présomption *ad medium filum* ne peut s'appliquer, et la question de savoir si, dans les circonstances, la présomption a été réfutée, ne se pose pas. La réserve est donc délimitée par la frontière naturelle que constitue la rivière Squamish et non par la ligne médiane de ce cours d'eau.

The phrase "on the reserve" in the context of s. 81(1)(o) of the *Indian Act* should receive its ordinary and common sense meaning and be interpreted as "within the reserve" or "inside the reserve" or "located upon or within the boundaries of the reserve". Parliament's intention in enacting s. 81(1) as a whole and in particular para. (o) was to provide a mechanism by which Band Councils could assume management over certain activities within the territorial limits of their constituencies. These considerations, together with the fact that By-law No. 10 defines "Squamish Indian Band waters" to be those which are "situate[d] upon or within the boundaries of Reserves", lead to the conclusion that Parliament never intended that such a fishing by-law should have an extra-territorial effect. While treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians, the word "on" used in the connection of "on the reserve", in its ordinary and natural meaning, signifies "within the reserve", not "adjacent to the reserve". The phrase "on the reserve" should receive the same construction wherever used within the *Indian Act*. When the Act is considered in its entirety, it is clear that Parliament never intended that a by-law passed by the Band Council should have an extra-territorial effect. Furthermore, an examination of the French text supports "on the reserve" as meaning in or within the boundaries of the reserve. If Parliament had intended to grant regulatory powers to Indian Band Councils beyond the limits of their reserves, it would have specifically provided for such powers. Accordingly, it is the *Fisheries Act* and its Regulations, not the By-law, which apply to the Squamish River.

Cases Cited

Distinguished: *Alaska Pacific Fisheries v. United States*, 248 U.S. 78 (1918); **referred to:** *R. v. Jimmy* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153; *Canadian Exploration Ltd. v. Rotter*, [1961] S.C.R. 15; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Keewatin Power Co. v. Town of Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, varied (1908), 16 O.L.R. 184; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 000; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Blueberry River Indian Band v. Canada*

Dans le contexte de l'al. 81(1)o) de la *Loi sur les Indiens*, il faut donner à l'expression «on the reserve» son sens ordinaire et l'interpréter comme voulant dire «à l'intérieur de la réserve», «dans la réserve» ou «se trouvant dans la réserve ou à l'intérieur des limites de celle-ci». Lorsqu'il a édicté l'ensemble du par. 81(1) et tout particulièrement son al. o), le législateur visait à établir un mécanisme permettant aux conseils de bande de prendre en charge certaines activités à l'intérieur des limites de leurs territoires. Conjuguées au fait que le règlement administratif n° 10 définit l'expression «eaux de la Bande indienne de Squamish» comme étant les eaux «situées dans les réserves [. . .] ou à l'intérieur des limites de ces réserves», ces considérations amènent à conclure que le législateur fédéral n'a jamais eu l'intention qu'un tel règlement administratif de pêche ait une portée extraterritoriale. Bien que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens, le mot «on» utilisé dans l'expression «on the reserve» signifie, suivant son sens ordinaire et naturel, «à l'intérieur de la réserve», et non «adjacent à la réserve». L'expression «on the reserve» qui figure dans la *Loi sur les Indiens* devrait être interprétée de la même façon partout où elle y est utilisée. L'examen de l'ensemble de la Loi révèle clairement que le législateur fédéral n'a jamais eu l'intention qu'un règlement administratif pris par le conseil d'une bande ait une portée extraterritoriale. En outre, l'examen du texte français de la disposition en cause appuie la thèse que l'expression «on the reserve» signifie dans la réserve ou à l'intérieur des limites de celle-ci. Si le législateur fédéral avait eu l'intention d'accorder aux conseils des bandes indiennes des pouvoirs de réglementation dont le champ d'application aurait dépassé les limites de leurs réserves, il l'aurait indiqué expressément. En conséquence, c'est la *Loi sur les pêches* et son règlement d'application, et non le règlement administratif, qui s'appliquent à la rivière Squamish.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Alaska Pacific Fisheries c. United States*, 248 U.S. 78 (1918); **arrêts mentionnés:** *R. c. Jimmy* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145; *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153; *Canadian Exploration Ltd. c. Rotter*, [1961] R.C.S. 15; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Keewatin Power Co. c. Town of Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, modifié par (1908), 16 O.L.R. 184; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 000; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Bande indienne de la*

(*Department of Indian Affairs and Northern Development*), [1995] 4 S.C.R. 344; *Micklethwait v. Newlay Bridge Co.* (1886), 33 Ch. D. 133; *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184; *Flewelling v. Johnston*, [1921] 2 W.W.R. 374; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, 30 Vict., No. 70, s. 2 [now *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 2].
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14 [now R.S.C., 1985, c. F-14].
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 81(o), 82.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 4(3), 14(3) [rep. & sub. c. 32 (1st Supp.), s. 4], 30, 81(1)(o) [am. *idem*, s. 15], 87(1)(b).
Pacific Commercial Salmon Fishery Regulations, C.R.C., c. 823, s. 26(1) [rep. & sub. SOR/86-641].
Squamish Indian Band By-law No. 10, A By-law for the Preservation, Protection and Management of Fish on the Reserve, ss. 1, 2, 5, 6, 16.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "on".
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
 Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Halsbury's *Laws of England*, vol. 49, 4th ed. London: Butterworths, 1984.
 La Forest, Gerard Vincent. *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
 Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1989, "dans".
 Webster's *Third New International Dictionary of the English Language*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, "on".

rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1995] 4 R.C.S. 344; *Micklethwait c. Newlay Bridge Co.* (1886), 33 Ch. D. 133; *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184; *Flewelling c. Johnston*, [1921] 2 W.W.R. 374; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande Indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398.

Lois et règlements cités

English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, 30 Vict., No. 70, art. 2 [maintenant la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 2].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 4(3), 14(3) [abr. & rempl. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 4], 30, 81(1)o) [mod. *idem*, art. 15], 87(1)b).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 81o), 82.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14 [maintenant la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14].
 Règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish, *A By-law for the Preservation, Protection and Management of Fish on the Reserve*, art. 1, 2, 5, 6, 16.
 Règlement de pêche commerciale du saumon dans le Pacifique, C.R.C., ch. 823, art. 26(1) [abr. & rempl. DORS/86-641].
 Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248.

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «on».
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
 Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Halsbury's *Laws of England*, vol. 49, 4th ed. London: Butterworths, 1984.
 La Forest, Gerard Vincent. *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
 Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1987, «dans».
 Webster's *Third New International Dictionary of the English Language*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, «on».

APPEAL from a decision of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 224, [1993] 5 W.W.R. 608, 33 B.C.A.C. 1, 54 W.A.C. 1, [1993] 4 C.N.L.R. 98, which allowed the Crown's appeal from a judgment of the County Court, [1989] 4 C.N.L.R. 133, setting aside the convictions of A. F. Lewis and A. J. Lewis, and which dismissed J. K. Lewis's appeal from that same judgment affirming his conviction on charges of illegal fishing. Appeal dismissed.

Harry A. Slade, John R. Rich and Robert C. Freedman, for the appellants.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Everett L. Bunnell, Q.C., and *Aldo P. Argento*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Arthur C. Pape, Louise Mandell and Leslie J. Pinder, for the intervener the Alliance of Tribal Councils.

Christopher Harvey, Q.C., and *Robert M. Lonergan*, for the interveners the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation.

Patrick G. Foy, for the intervener the Canadian National Railway Company.

The judgment of the Court was delivered by

¹ IACOBUCCI J. — This appeal deals with ascertaining the territorial boundaries of the Cheakamus Indian Reserve No. 11 in order to determine the scope of Squamish Indian Band By-law No. 10 and whether its authority extends beyond the bank of the Squamish River to cover any portion of the river bed or the fishery adjacent to the Cheakamus Reserve. The resolution of this appeal necessitates

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 224, [1993] 5 W.W.R. 608, 33 B.C.A.C. 1, 54 W.A.C. 1, [1993] 4 C.N.L.R. 98, ayant accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre une décision de la Cour de comté, [1989] 4 C.N.L.R. 133, qui avait annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre A. F. Lewis et A. J. Lewis, et rejeté l'appel formé par J. K. Lewis à l'encontre de cette même décision qui avait confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à des accusations de pêche illégale. Pourvoi rejeté.

Harry A. Slade, John R. Rich et Robert C. Freedman, pour les appelants.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Everett L. Bunnell, c.r., et *Aldo P. Argento*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Arthur C. Pape, Louise Mandell et Leslie J. Pinder, pour l'intervenante l'Alliance of Tribal Councils.

Christopher Harvey, c.r., et *Robert M. Lonergan*, pour les intervenantes BC Fisheries Survival Coalition et BC Wildlife Federation.

Patrick G. Foy, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur l'établissement des limites territoriales de la réserve indienne n° 11 de Cheakamus en vue de déterminer la portée du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish et de décider s'il s'applique au-delà de la rive de la rivière Squamish et vise quelque partie du lit de la rivière ou de la pêcherie adjacente à la réserve de

the consideration of three issues. First, whether the fishery itself is included as part of the Cheakamus Reserve. Second, whether the bed or any part of the bed of the Squamish River is "on the reserve" by operation of the common law presumption *ad medium filum aquae*. Third, what is the interpretation to be given to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly s. 81(o)) and the territorial jurisdiction of the Squamish Band to regulate a fishery which is adjacent to their reserve.

All three appellants were charged with contravening the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, made pursuant to the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. In *R. v. Jimmy* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), Hinkson J.A., speaking for the court, concluded that a provision in a Band by-law enacted pursuant to the provisions of s. 81(o) of the *Indian Act* afforded a defence to a charge under the *Fisheries Act*. The parties apparently agree that, if the by-law does not afford a defence, the charges have been proven and the original convictions will stand.

I should also note that there is no dispute that the Council of the Squamish Band had the authority, under s. 81(o) of the *Indian Act*, to pass the by-law in question. The by-law was not disallowed by the Minister of Indian Affairs pursuant to s. 82 of the *Indian Act* and was therefore in full force and effect on the dates upon which the alleged offences took place.

1. Background

The three appellants are members of the Squamish Indian Band and all reside at the Cheakamus Indian Reserve No. 11. The Reserve is located in British Columbia and occupies an area between the Cheakamus River on the east and the Squamish River on the west. On three different occasions in 1985 and 1986, the appellants Allen Frances Lewis

Cheakamus. Pour trancher le présent pourvoi, il faut examiner trois questions. Premièrement, la pêche elle-même fait-elle partie de la réserve de Cheakamus? Deuxièmement, le lit de la rivière Squamish se trouve-t-il, pour tout ou partie, «on the reserve» («dans la réserve» dans le texte français) par l'effet de la présomption de common law *ad medium filum aquae*? Troisièmement, comment faut-il interpréter l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (auparavant l'al. 81(o)), et quelles sont les limites territoriales du pouvoir de la Bande de Squamish de réglementer une pêche adjacente à sa réserve?

Les trois appelants ont été accusés d'avoir contrevenu au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, pris en application de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Dans *R. c. Jimmy* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), le juge Hinkson, s'exprimant pour la cour, a conclu qu'une disposition d'un règlement administratif pris par une bande en vertu de l'al. 81(o) de la *Loi sur les Indiens* offrait un moyen de défense contre une accusation fondée sur la *Loi sur les pêcheries*. Les parties reconnaissent apparemment que, si le règlement administratif n'offre pas de moyen de défense, les accusations ont été prouvées et que les déclarations de culpabilité seront maintenues.

Je tiens aussi à faire remarquer qu'il n'est pas contesté que le conseil de la Bande de Squamish avait le pouvoir de prendre, en vertu de l'al. 81(o) de la *Loi sur les Indiens*, le règlement administratif en question. Ce règlement n'a pas été annulé par le ministre des Affaires indiennes conformément à l'art. 82 de la *Loi sur les Indiens*, et il était donc en vigueur et produisait tous ses effets aux dates où sont survenues les infractions reprochées.

1. Le contexte

Les trois appelants, membres de la Bande indienne de Squamish, habitent la réserve indienne n° 11 de Cheakamus. Cette réserve, qui se trouve en Colombie-Britannique, est formée de terres situées entre la rivière Cheakamus à l'est et la rivière Squamish à l'ouest. À trois occasions en 1985 et 1986, les appelants Allen Frances Lewis et

2

3

4

and Allen Jacob Lewis engaged in "net fishing" on the Squamish River in an area immediately contiguous to the Cheakamus Indian Reserve. In the case of the appellant Jacob Kenneth Lewis, the fishing took place on the west side of the Squamish River, opposite the Cheakamus Indian Reserve. All three appellants were charged with contravening the *British Columbia Fishery (General) Regulations* made pursuant to the *Fisheries Act*.

5 The appellant Jacob Kenneth Lewis was also charged under s. 26(1) of the *Pacific Commercial Salmon Fishery Regulations*, C.R.C., c. 823, passed pursuant to the *Fisheries Act*, with fishing with an unauthorized gill net. There is no dispute on the facts referable to the time, place and nature of fishing activities carried on by the appellants. All three appellants claimed, however, that they were authorized by Squamish Indian Band By-law No. 10 to fish at the time and in the manner in question. This by-law was passed September 12, 1977 pursuant to s. 81(o) of the *Indian Act*.

6 Walker Prov. Ct. J. of the Provincial Court of British Columbia convicted the appellants on all charges relating to the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. The trial judge found Jacob Kenneth Lewis not guilty of fishing with an unauthorized gill net. The appellants appealed their convictions to the County Court of British Columbia. Van der Hoop Co. Ct. J. ([1989] 4 C.N.L.R. 133) applied the presumption *ad medium filum aquae*, and found that the boundary of the Cheakamus Reserve extended to the mid-line of the Squamish River. Van der Hoop Co. Ct. J. concluded that Squamish Indian Band By-law No. 10 constituted a complete defence in cases where the fishing took place on the east (or reserve) side of the Squamish River. The appeals of the appellants Allen Francis Lewis and Allen Jacob Lewis were allowed and their convictions set aside, since they had been fishing on the east side of the Squamish River, where their conduct was authorized by the Band by-law. The appeal of the appellant Jacob Kenneth Lewis's conviction was dismissed

Allen Jacob Lewis ont «pêché au filet» dans la rivière Squamish, à un endroit adjacent à la réserve indienne de Cheakamus. L'autre appellant, Jacob Kenneth Lewis, a pour sa part pêché du côté ouest de la rivière Squamish, en face de la réserve de Cheakamus. Les trois appelants ont été accusés d'avoir contrevenu au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*.

L'appellant Jacob Kenneth Lewis a également été accusé d'avoir pêché au moyen d'un filet maillant non autorisé, en contravention du par. 26(1) du *Règlement de pêche commerciale du saumon dans le Pacifique*, C.R.C., ch. 823, pris en application de la *Loi sur les pêcheries*. Les faits ne sont pas contestés pour ce qui est des dates, des endroits et de la nature des activités de pêche des appelants. Cependant, les trois appelants ont affirmé que le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish les autorisait à pêcher aux dates où ils l'ont fait et par le moyen qu'ils ont utilisé. Ce règlement administratif a été pris le 12 septembre 1977, en vertu de l'al. 81o) de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Walker de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a déclaré les appelants coupables de toutes les accusations fondées sur le *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Cependant, il a statué que Jacob Kenneth Lewis n'était pas coupable d'avoir pêché au moyen d'un filet maillant non autorisé. Les appelants ont interjeté appel des déclarations de culpabilité à la Cour de comté de la Colombie-Britannique. Le juge van der Hoop ([1989] 4 C.N.L.R. 133) a appliqué la présomption *ad medium filum aquae* et conclu que les limites de la réserve de Cheakamus s'étendaient jusqu'au milieu de la rivière Squamish. Il a jugé que le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish constituait une défense absolue à l'égard des activités de pêche ayant eu lieu du côté est de la rivière Squamish (du côté de la réserve). Les appels interjetés par Allen Francis Lewis et Allen Jacob Lewis ont été accueillis et les déclarations de culpabilité prononcées à leur endroit ont été annulées, étant donné qu'ils avaient pêché du

because he had been fishing on the westerly side of the Squamish River. The County Court judge considered that his fishing activity was outside the ambit of Squamish Indian Band By-law No. 10.

côté est de la rivière Squamish, là où ils étaient autorisés à le faire par le règlement administratif de la bande. L'appel formé par Jacob Kenneth Lewis à l'encontre de sa déclaration de culpabilité a été rejeté parce qu'il avait pêché du côté ouest de la rivière Squamish. Le juge de la Cour de comté a estimé que les activités de pêche de ce dernier ne relevaient pas du champ d'application du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish.

The Court of Appeal for British Columbia allowed the respondent's appeals against the acquittals of the appellants Allen Francis Lewis and Allen Jacob Lewis and dismissed the appellant Jacob Kenneth Lewis's appeal: (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 224, [1993] 5 W.W.R. 608, 33 B.C.A.C. 1, 54 W.A.C. 1, [1993] 4 C.N.L.R. 98. Thus the appellants, by fishing in breach of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, were found guilty of the offences with which they were charged.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli les appels interjetés par l'intimée contre l'acquiescement des appelants Allen Francis Lewis et Allen Jacob Lewis, et elle a rejeté l'appel de Jacob Kenneth Lewis: (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 224, [1993] 5 W.W.R. 608, 33 B.C.A.C. 1, 54 W.A.C. 1, [1993] 4 C.N.L.R. 98. En conséquence, les appelants, qui avaient pêché en contravention du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, ont été déclarés coupables des accusations portées contre eux.

2. Relevant Statutory Provisions

2. Les dispositions législatives pertinentes

The relevant portions of Squamish Indian Band By-law No. 10, entitled *A By-law for the Preservation, Protection and Management of Fish on the Reserve* read:

Voici les passages pertinents du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish, intitulé: *A By-law for the Preservation, Protection and Management of Fish on the Reserve*:

The Band Council of the Squamish Indian Band enacts as follows:

[TRADUCTION] Le conseil de la Bande indienne de Squamish édicte ce qui suit:

1. In this By-law unless the context otherwise requires:

1. Sauf indication contraire du contexte, les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement administratif.

(a) "Squamish Indian Band waters" means all water situate upon or within the boundaries of Reserves set aside for the use and benefit of the Squamish Band of Indians.

a) «eaux de la Bande indienne de Squamish» L'ensemble des eaux situées dans les réserves mises de côté à l'usage et au profit de la Bande indienne de Squamish ou à l'intérieur des limites de ces réserves.

. . .

. . .

(d) "Fishing" means fishing for or catching fish by any method.

d) «pêche» Fait de prendre du poisson par quelque moyen que ce soit.

. . .

. . .

2. This by-law applies over all Squamish Indian Band waters.

2. Le présent règlement administratif s'applique à toutes les eaux de la Bande indienne de Squamish.

. . .

. . .

7

8

5. No person other than a member of the Squamish Indian Band shall engage in fishing upon Squamish Indian waters.

6. Members of the Squamish Indian Band shall be permitted to engage in fishing upon Squamish Indian Band waters at any time and by any means except by the use of rockets, explosive materials, projectiles, or shells.

. . .

16. Everyone who violates or prepares to violate any provisions of this by-law, or any regulations, is guilty of an offense punishable on summary conviction and is liable to a fine of not more than \$100.00.

9 Section 81(1)(o) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly s. 81(o), R.S.C. 1970, c. I-6, which was identical), states the following:

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely,

. . .

(o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve;

3. Judgments Below

A. *British Columbia Provincial Court*

10 With respect to the first issue relating to the facts of the case, Walker Prov. Ct. J. held that every ingredient of each charge had been proven beyond a reasonable doubt, with the exception of one count against Jacob Kenneth Lewis relating to the activity of fishing with an unauthorized gill net contrary to s. 26(1) of the *Pacific Commercial Salmon Fishery Regulations*. He also concluded that the Crown was not estopped from challenging the validity of Squamish Indian Band By-law No. 10.

5. Il est interdit à quiconque n'est pas membre de la Bande indienne de Squamish de pêcher dans les eaux de la Bande.

6. Les membres de la Bande indienne de Squamish sont autorisés à pêcher en tout temps dans les eaux de la Bande indienne de Squamish par quelque moyen que ce soit, sauf au moyen de fusées, d'explosifs ou d'obus ou projectiles explosifs.

. . .

16. Quiconque contrevient ou se prépare à contrevenir au présent règlement administratif ou à tout règlement d'application de la loi, commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 100 \$.

Voici le libellé de l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (auparavant l'al. 81(o), S.R.C. 1970, ch. I-6, qui était essentiellement identique):

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

. . .

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve [«on the reserve»];

3. Les juridictions inférieures

A. *La Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

En ce qui concerne la première question soulevée par les faits de l'espèce, le juge Walker a statué que tous les éléments des diverses accusations avaient été prouvés hors de tout doute raisonnable, à l'exception du chef d'accusation reprochant à Jacob Kenneth Lewis d'avoir pêché au moyen d'un filet maillant non autorisé en contravention du par. 26(1) du *Règlement de pêche commerciale du saumon dans le Pacifique*. Le juge du procès a également conclu que rien n'empêchait le ministre public de contester la validité du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish.

On the issue of the validity of Squamish Indian Band By-law No. 10, in Walker Prov. Ct. J.'s opinion, Squamish Indian Band By-law No. 10 was *intra vires* s. 81(1)(o) of the *Indian Act*. As a result, Walker Prov. Ct. J. was of the view that the Indian by-law in question was a valid exercise of the Band's by-law making power pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*.

The final issue Walker Prov. Ct. J. considered was the territorial extent of Indian Reserve No. 11, which in turn raised the question whether the Reserve included any portion of the Squamish River by the application of the *ad medium filum aquae* presumption. He found that the Squamish River is a navigable water. He then assumed that the presumption applied but he was not satisfied that it was an established practice in British Columbia to apply the presumption under the circumstances of the present case. In fact, the presumption had been sufficiently rebutted because of four specific reasons of a technical nature.

Having found that the presumption did not apply to the case at bar, the trial judge acknowledged and recognized the following dilemma: how can the Squamish Band manage the fish resource by means of a by-law if it has no proprietary interest over the river containing the fish, for some of their life cycle? He noted that no authority had been produced which demonstrated that the accused have an unlimited right to fish in the Squamish River, which is off the Reserve, and to manage the fish which are adjacent to the Reserve.

Walker Prov. Ct. J. therefore ruled that, although By-law No. 10 was not invalid, the boundaries of the Cheakamus Reserve did not go to the middle of the Squamish River. Walker Prov. Ct. J. accordingly convicted the appellants on all charges against them, except for the charge of fishing with an unauthorized gill net (against Jacob Kenneth Lewis) which had not been successfully proved by the Crown. The trial judge imposed sentences of

11
Relativement à la question de la validité du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish, le juge Walker a dit être d'avis que ce règlement était *ultra vires* de l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*. En conséquence, le juge Walker a conclu que le règlement en question constituait un exercice valide par la bande de son pouvoir de prendre des règlements administratifs en vertu de l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*.

12
Le dernier point qu'a examiné le juge Walker a été l'étendue territoriale de la réserve indienne n° 11, point qui soulevait la question de savoir si, par application de la présomption *ad medium filum aquae*, la réserve incluait une partie de la rivière Squamish. Le juge du procès a conclu que la rivière Squamish était un cours d'eau navigable. Il a ensuite supposé que la présomption s'appliquait, mais il a dit ne pas être convaincu que l'application de la présomption, dans les circonstances de l'espèce, était une pratique établie en Colombie-Britannique. De fait, la présomption avait été suffisamment réfutée, et ce pour quatre motifs spécifiques de nature technique.

13
Après avoir conclu à l'inapplicabilité de la présomption, le juge du procès a reconnu le dilemme suivant: comment la Bande de Squamish peut-elle, par règlement administratif, régir les ressources halieutiques si, pendant une partie du cycle biologique du poisson, elle n'a pas d'intérêt propriétaire sur la rivière dans laquelle il se trouve? Le juge a souligné qu'on n'avait pas présenté de textes de jurisprudence ou de doctrine établissant que les accusés possédaient un droit illimité de pêcher dans la rivière Squamish, qui se trouve en dehors de la réserve, et de régir le poisson dans les eaux adjacentes à la réserve.

14
En conséquence, le juge Walker a statué que, même si le règlement administratif n° 10 n'était pas invalide, les limites de la réserve de Cheakamus ne s'étendaient pas jusqu'au milieu de la rivière Squamish. Il a donc déclaré les appelants coupables de toutes les accusations pesant contre eux, sauf celle d'avoir pêché au moyen d'un filet maillant non autorisé (visant Jacob Kenneth Lewis), que le ministère public n'avait pas réussi à

\$25.00 (and in default thereof five days imprisonment (consecutive)) on each count.

B. *British Columbia County Court*, [1989] 4 C.N.L.R. 133

15 Van der Hoop Co. Ct. J. agreed with the trial judge that the evidence established that the portion of the Squamish River adjacent to Indian Reserve No. 11 was navigable and added that this portion is also non-tidal. He also agreed with the trial judge that the Band's by-law was *intra vires* the Band by virtue of s. 81(1)(o) of the *Indian Act*. He noted that there was no dispute that the by-law would be paramount over regulations passed under the *Fisheries Act* if the by-law applied.

16 In dealing with the appellants' first argument, van der Hoop Co. Ct. J. noted that there is some dispute as to whether the presumption *ad medium filum aquae* applies to navigable waters in Canada, but that it does apply in British Columbia because of the decision in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153 (P.C.) (the *B.C. Fisheries* case). He also relied on *Canadian Exploration Ltd. v. Rotter*, [1961] S.C.R. 15, which holds that the presumption applies to non-navigable waters. He therefore concluded that the presumption did apply in this case.

17 Van der Hoop Co. Ct. J. then reviewed the four reasons accepted by the trial judge to rebut the presumption. Van der Hoop Co. Ct. J. rejected each of them, and held that the Crown, which has the onus of establishing that the *ad medium filum* presumption is not applicable, had failed to discharge this burden.

18 The County Court judge then dealt with the appellants' alternative argument that the right to fish in the Squamish River alongside the reserve arises from a proper construction of the *Indian Act*

prouver. Le juge du procès a infligé des amendes de 25 \$ (ou, à défaut de paiement, des peines de cinq jours d'emprisonnement à purger consécutivement) à l'égard de chaque chef d'accusation.

B. *La Cour de comté de la Colombie-Britannique*, [1989] 4 C.N.L.R. 133

Le juge van der Hoop a souscrit à la conclusion du juge du procès que la preuve établissait que la partie de la rivière Squamish adjacente à la réserve indienne n° 11 était navigable, ajoutant qu'elle était également sans marée. Il a en outre statué, comme le juge du procès, que le règlement administratif de la bande était un exercice valide par celle-ci du pouvoir prévu à l'al. 81(1)o de la *Loi sur les Indiens*. Il a souligné qu'il n'était pas contesté que, s'il s'appliquait, le règlement administratif aurait préséance sur les règlements pris en vertu de la *Loi sur les pêches*.

Relativement au premier argument des appelants, le juge van der Hoop a dit qu'il y a une certaine polémique sur l'applicabilité de la présomption *ad medium filum aquae* aux eaux navigables au Canada, mais que cette présomption s'applique effectivement en Colombie-Britannique en raison de l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153 (C.P.) (l'arrêt *Pêcheries en Colombie-Britannique*). Le juge s'est également fondé sur l'arrêt *Canadian Exploration Ltd. c. Rotter*, [1961] R.C.S. 15, où il a été jugé que la présomption s'applique aux eaux non navigables. Il a en conséquence statué que la présomption s'appliquait bel et bien en l'espèce.

Le juge van der Hoop a ensuite analysé les quatre motifs qu'avait retenus le juge du procès pour réfuter la présomption. Il les a tous rejetés et a conclu que le ministère public, qui devait prouver l'inapplicabilité de la présomption *ad medium filum*, ne s'était pas acquitté de ce fardeau.

Le juge de la Cour de comté s'est ensuite penché sur l'argument subsidiaire des appelants que le droit de pêcher dans la rivière Squamish, le long de la réserve, découle de l'interprétation qu'il

and the documents relating to the transfer of the lands to the federal government. Relying on various pronouncements of this Court about reading grants to Indians broadly and liberally in order to give effective protection to Indian rights, he concluded the following (at p. 142):

Given the historical background of the right of the Indians to fish, the desire of both provincial and federal governments to support and protect that right, and the requirement for a liberal construction of the *Indian Act*, the term "on the reserve" should be interpreted as, in this case, including the right to fish in the Squamish River

I cannot see, however, that this right can extend beyond the mid-point of the river.

By applying the *ad medium filum aquae* presumption, van der Hoop Co. Ct. J. allowed the appeals on all charges based on the right to fish on the east side of the river which was within the mid-point of the Squamish River. He dismissed the appeal of Jacob Kenneth Lewis, who was fishing on the west side of the Squamish River, that is beyond the mid-point of the river. Since that section of the bed was not part of the reserve, the by-law did not provide a defence.

C. *British Columbia Court of Appeal* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 224

The Crown appealed the verdicts of acquittal for both Allen Jacob Lewis and Allen Frances Lewis whereas Jacob Kenneth Lewis appealed the decision rendered by the lower court upholding his conviction. Both appeals were referred to the same panel of five judges. The panel all agreed that the Lewises, by fishing in breach of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, were guilty of the offences with which they were charged.

convient de donner à la *Loi sur les Indiens* et aux documents concernant le transfert des terres au gouvernement fédéral. S'appuyant sur diverses déclarations de notre Cour concernant l'interprétation large et libérale qu'il faut donner aux droits accordés aux Indiens afin de les protéger efficacement, le juge van der Hoop a formulé la conclusion suivante (à la p. 142):

[TRADUCTION] Compte tenu du contexte historique du droit de pêche des Indiens, du désir des gouvernements provincial et fédéral de soutenir et de protéger ce droit, et de l'obligation d'interpréter de façon libérale la *Loi sur les Indiens*, l'expression «on the reserve» devrait être interprétée de façon à inclure, comme en l'espèce, le droit de pêcher dans la rivière Squamish. . .

Cependant, je ne crois pas que ce droit s'étende au-delà du milieu de la rivière.

Appliquant la présomption *ad medium filum aquae*, le juge van der Hoop a accueilli les appels de toutes les accusations, en s'appuyant sur le droit de pêcher du côté est de la rivière, jusqu'au milieu de la rivière Squamish. Il a rejeté l'appel de Jacob Kenneth Lewis, qui avait pêché du côté ouest de la rivière Squamish, au-delà du milieu de celle-ci. Puisque cette partie du lit de la rivière ne faisait pas partie de la réserve, le règlement administratif n'offrait pas de moyen de défense.

C. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 224

Le ministère public a interjeté appel des verdicts d'acquiescement prononcés à l'endroit d'Allen Jacob Lewis et d'Allen Frances Lewis, alors que Jacob Kenneth Lewis a fait de même contre la décision du tribunal inférieur confirmant la déclaration de culpabilité prononcée à son égard par le juge du procès. Les deux appels ont été entendus par la même formation de cinq juges, qui ont tous convenu que les Lewis, en pêchant en contravention du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, s'étaient rendus coupables des infractions dont ils étaient accusés.

Wallace J.A. (Taggart, Hutcheon and Macfarlane JJ.A. concurring)

21

Wallace J.A. commenced by indicating that the real interest in this litigation was to determine who had legislative control of the fishery near the Squamish Indian Reserve. Following *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, he held that the Lewises have a protected aboriginal priority in the fishery near the reserve. However, the Lewises asserted that they were authorized by Squamish Indian Band By-law No. 10 to fish at the time and in the manner they did. Therefore, Wallace J.A. concluded that the major issue in this appeal concerned the territorial boundaries of the reserve, the scope or ambit of Squamish Indian Band By-law No. 10, and whether its authority extends beyond the easterly bank of the Squamish River to include the whole or any portion of the river bed adjacent to the Cheakamus Reserve. Three subsidiary issues were considered in order to resolve the major one.

22

The first consideration was the interpretation to be placed on the phrase “on the reserve” found in both s. 81(1)(o) of the *Indian Act* and Squamish Band By-law No. 10. Wallace J.A. held that:

1. the jurisdiction of the Band to regulate the activities, on any reasonable construction, must be confined to the territorial limits of the reserve;
2. an examination of the French text (“*dans la réserve*”) supports a construction of the phrase “on the reserve” as meaning in or within or inside the boundaries of the reserve. The preposition “*dans*” is clear and unambiguous;
3. when the *Indian Act* is considered in its entirety it is clear that Parliament never intended that a by-law passed by the Band council should have an extra-territorial effect; and

Le juge Wallace (avec l’appui des juges Taggart, Hutcheon et Macfarlane)

Le juge Wallace a commencé en indiquant que l’intérêt véritable du présent litige était de déterminer qui avait le pouvoir de légiférer à l’égard de la pêcherie à proximité de la réserve indienne de Squamish. Se fondant sur l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge Wallace a conclu que les Lewis possédaient, à l’égard de la pêcherie à proximité de la réserve, un droit ancestral de priorité protégé. Ceux-ci ont fait valoir que le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish les autorisait à pêcher comme ils l’ont fait et aux dates en cause. En conséquence, le juge Wallace a conclu que la principale question en litige dans le présent appel consistait, d’une part, à déterminer les limites territoriales de la réserve ainsi que la portée ou le champ d’application du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish, et, d’autre part, à décider si ce règlement s’applique au-delà de la rive est de la rivière Squamish et vise ainsi tout ou partie du lit de la rivière qui est adjacent à la réserve de Cheakamus. Pour résoudre cette question, le juge a examiné trois points subsidiaires.

Le premier était l’interprétation qu’il fallait donner à l’expression «*on the reserve*» figurant à l’al. 81(1)o) de la *Loi sur les Indiens* ainsi que dans le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish. Le juge Wallace a formulé les conclusions suivantes:

1. suivant toute interprétation raisonnable, le pouvoir de la bande de réglementer les activités ne s’applique qu’à l’intérieur des limites territoriales de la réserve;
2. il ressort de l’examen du texte français («*dans la réserve*») que celui-ci permet de soutenir que l’expression «*on the reserve*» signifie dans la réserve, à l’intérieur de ses limites. La préposition «*dans*» est claire et non ambiguë;
3. il ressort clairement de l’examen de l’ensemble de la *Loi sur les Indiens* que le législateur fédéral n’a jamais eu l’intention qu’un règlement administratif pris par le conseil de bande ait un effet extraterritorial; et

4. a broad purposive construction of the phrase “on the reserve” enabling the Band to regulate the fishery on the Squamish River is not necessary as the principles set forth in the *Sparrow* decision provide the desired protection for the native community’s traditional connection with the fishery.

In summary, Wallace J.A. concluded that the jurisdiction of the Band council to make by-laws pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act* is limited to the territory encompassed by the boundaries of the reserve.

The second subsidiary issue considered by Wallace J.A. was whether any part of the bed of the river is within the boundaries of the reserve by operation of the presumption *ad medium filum aquae*. Relying on the Ontario High Court decision in *Keewatin Power Co. v. Town of Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, Wallace J.A. concluded that the presumption was not applicable to navigable waters in British Columbia and that it would require an express grant by the Crown of the bed of the river before it could be held that the Province has parted with it. He distinguished the Ontario Court of Appeal decision in that case ((1908), 16 O.L.R. 184) on the grounds that in Ontario, English law was adopted without modification for local circumstances. He also distinguished the decision in the *B.C. Fisheries* case, *supra*, relied on by van der Hoop Co. Ct. J., on the grounds that the case dealt with riverbeds within a parcel of land, and not a river used as a boundary. He also distinguished *Canadian Exploration*, *supra*, on the grounds that the presumption applies only to non-navigable water, which was the nature of the watercourse in question. As the Squamish River, at the point adjacent to the Squamish Indian Reserve No. 11, was a navigable river, Wallace J.A. held that the presumption did not apply.

Finally, Wallace J.A. considered whether the fishery is part of the reserve. He accepted that the

4. il n’est pas nécessaire d’appliquer à l’expression «*on the reserve*» une interprétation large et fondée sur l’objet, qui permette à la bande de réglementer la pêche dans la rivière Squamish, car les principes formulés dans l’arrêt *Sparrow* offrent la protection voulue pour ce qui est du lien traditionnel de la collectivité autochtone avec la pêche.

En résumé, le juge Wallace a conclu que le pouvoir du conseil de la bande de prendre des règlements administratifs en vertu de l’al. 81(1)o de la *Loi sur les Indiens* ne s’applique qu’à l’intérieur du territoire circonscrit par les limites de la réserve.

Comme deuxième point subsidiaire, le juge Wallace s’est demandé si quelque partie du lit de la rivière se trouve à l’intérieur des limites de la réserve par l’effet de la présomption *ad medium filum aquae*. Se fondant sur l’arrêt de la Haute Cour de l’Ontario *Keewatin Power Co. c. Town of Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, il a statué que la présomption n’était pas applicable aux eaux navigables en Colombie-Britannique et que, pour être en mesure de conclure que la province s’est départie du lit de la rivière, il faudrait qu’il ait été cédé de manière expresse par la Couronne. Le juge Wallace a distingué l’espèce de l’arrêt *Keewatin* de la Cour d’appel de l’Ontario dans cette affaire ((1908), 16 O.L.R. 184) en invoquant le fait qu’en Ontario le droit anglais a été adopté sans être modifié pour tenir compte des circonstances locales. Il a également distingué l’arrêt *Pêcheries en Colombie-Britannique*, précité, sur lequel s’était fondé le juge van der Hoop, et affirmé que cette décision portait sur le lit d’une rivière se trouvant à l’intérieur d’une parcelle de terre, et non sur une rivière servant de limite. Il a également distingué l’arrêt *Canadian Exploration*, précité, pour le motif que la présomption ne s’applique qu’aux eaux non navigables, type d’eaux dont était formé le cours d’eau en question. Étant donné que, à l’endroit où elle est adjacente à la réserve indienne n° 11 de Squamish, la rivière Squamish est une rivière navigable, le juge Wallace a conclu que la présomption ne s’appliquait pas.

Enfin, le juge Wallace s’est demandé si la pêche fait partie de la réserve. Il a accepté que

Lewises had an aboriginal right to catch fish for food and ceremonial purposes in the Squamish River. He also accepted that the objective of the Indian Reserve Commission in allotting reserve No. 11 to the Cheakamus Indian band was to protect the existing Indian interests in the use of the land which comprised the reserve, and to afford the members of the Band uninterrupted access to this valuable traditional fishery. However, he added (at p. 238):

There is no evidence before us that the aboriginal right to fish in the Squamish River included anything more than a right to harvest such fish as the Band required for sustenance and ceremonial purposes. In particular, there was no evidence that the aboriginal right of fishing in the Squamish River at the Cheakamus site, or elsewhere, was an "exclusive right".

25

On the question of the Crown's fiduciary duty, Wallace J.A. concluded that any obligation of the Crown to act honourably to the members of the Band is satisfied in the circumstances of this case by the application of the principles set forth in *Sparrow, supra*, and by the location of the reserve. Both of these factors give the Band members secured access to a fishery in which they have a constitutional priority. Furthermore, Wallace J.A. rejected the Lewises' argument that, although the conveyance of the Cheakamus Indian Reserve No. 11 did not expressly include the bed of the river or the fishery, it was included "by necessary implication". Therefore, he held that the fishery in the Squamish River was not transferred to the federal Crown as part of the Cheakamus Indian Reserve No. 11.

26

For the foregoing reasons, Wallace J.A. allowed the Crown's appeal of the acquittal of Allen Frances Lewis and Allen Jacob Lewis and dismissed the appeal of Jacob Kenneth Lewis of his conviction.

les Lewis avaient un droit ancestral de prendre du poisson dans la rivière Squamish à des fins alimentaires et rituelles. Il a également admis que, en attribuant la réserve n° 11 à la Bande indienne de Cheakamus, la commission des réserves indiennes visait, d'une part, à protéger les droits existants des Indiens d'utiliser les terres formant la réserve, et, d'autre part, à permettre aux membres de la bande d'avoir accès de manière ininterrompue à cette pêcherie traditionnelle de valeur. Cependant, il a ajouté ce qui suit (à la p. 238):

[TRADUCTION] On ne nous a présenté aucune preuve que le droit ancestral de pêcher dans la rivière Squamish comprenait autre chose que le droit de prendre du poisson à des fins alimentaires et rituelles. De façon plus particulière, il n'y avait aucune preuve que le droit ancestral de pêcher dans la rivière Squamish, à la hauteur de Cheakamus ou ailleurs, constituait un «droit exclusif».

En ce qui concerne l'obligation de fiduciaire de la Couronne, le juge Wallace a conclu que l'application des principes formulés dans l'arrêt *Sparrow*, précité, et l'emplacement même de la réserve permettent d'affirmer que la Couronne s'est, dans les circonstances, acquittée de toute obligation qui lui incombait d'agir honorablement envers les membres de la bande. En effet, il ressort de ces deux facteurs que l'on a garanti aux membres de la bande l'accès à une pêcherie à l'égard de laquelle ils ont un droit de priorité constitutionnel. Qui plus est, le juge Wallace a rejeté l'argument des Lewis que, même si l'acte de transfert de la réserve indienne n° 11 de Cheakamus ne mentionnait pas explicitement le lit de la rivière ou la pêcherie, ces éléments étaient nécessairement inclus [TRADUCTION] «par implication nécessaire». En conséquence, il a statué que la pêcherie dans la rivière Squamish n'avait pas été transférée à la Couronne fédérale en tant que partie de la réserve indienne n° 11 de Cheakamus.

Pour les motifs qui précèdent, le juge Wallace a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement d'Allen Frances Lewis et d'Allen Jacob Lewis, et rejeté celui formé par Jacob Kenneth Lewis contre sa déclaration de culpabilité.

Lambert J.A. (concurring)

Lambert J.A. first considered the question of whether Parliament, in enacting s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, had conferred on the Squamish Indian Band the power to make a by-law controlling the management of the fishery in the Squamish River. In Lambert J.A.'s view, the *ad medium filum aquae* principle had no application to alter or affect the aboriginal title or rights of the Squamish people to the exclusive or shared exclusive occupation and enjoyment of the land in their reserves, of their neighbouring ancestral lands, or of the bed of the Squamish River, and of the resources of the land, including the fishing in the Squamish River. As a result, the *ad medium filum* presumption could not apply in the case at bar. In addition, Lambert J.A. held that the words "on the reserve" in s. 81(1)(o) are confined in their meaning to the equivalent of "within the boundaries of the reserve" and do not extend to the water or land adjacent to the reserve.

As a result, Lambert J.A. concluded that the boundaries of the Cheakamus Reserve No. 11 do not extend out beyond the east bank of the Squamish River to the middle line of the current of the river. He also held that Parliament did not confer on the Squamish Band the power to make by-laws in relation to a fishery adjacent to a reserve when it enacted s. 81(o) of the *Indian Act*. Accordingly, it was his opinion that Squamish Band By-law No. 10 affords no defence to any of the charges in this case.

4. Analysis

The appellants have advanced the following three arguments each of which would allow Squamish Indian Band By-law No. 10 to apply and provide a complete defence to the charges: (1) the fishery itself is included as part of the Cheakamus Reserve; (2) the bed or any part of the bed of the Squamish River is "on the reserve" by operation of the common law presumption *ad medium filum aquae*; and (3) the proper interpretation of the

Le juge Lambert (motifs concordants)

Le juge Lambert a tout d'abord examiné la question de savoir si, en édictant l'al. 81(1)o) de la *Loi sur les Indiens*, le législateur fédéral avait conféré à la Bande indienne de Squamish le pouvoir de prendre un règlement administratif régissant la pêche dans la rivière Squamish. Selon le juge Lambert, le principe *ad medium filum aquae* ne s'appliquait pas de manière à modifier le titre ou les droits ancestraux des Squamish relativement à l'occupation et à la jouissance exclusives ou partagées des terres dans leurs réserves, des terres ancestrales avoisinantes ou du lit de la rivière Squamish, ainsi que des ressources du territoire, y compris le poisson dans la rivière Squamish. Voilà pourquoi la présomption *ad medium filum* ne pouvait s'appliquer en l'espèce. De plus, le juge Lambert a conclu que les mots «on the reserve» à l'al. 81(1)o) avaient uniquement le sens de [TRADUCTION] «à l'intérieur des limites de la réserve» et ne visaient pas les eaux ou les terres adjacentes à la réserve.

En conséquence, le juge Lambert a conclu que les limites de la réserve n° 11 de Cheakamus ne s'étendent pas au-delà de la rive est de la rivière Squamish, jusqu'à la ligne médiane du cours de la rivière. Il a ajouté que, en édictant l'al. 81o) de la *Loi sur les Indiens*, le législateur fédéral n'avait pas conféré à la bande de Squamish le pouvoir de prendre des règlements administratifs régissant une pêche adjacente à une réserve. Le juge était donc d'avis que le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish n'offrait pas de défense contre aucune des accusations portées en l'espèce.

4. Analyse

Les appelants ont fait valoir les trois arguments suivants, dont chacun justifierait l'application du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish, offrant ainsi une défense absolue à l'égard des accusations: (1) la pêche elle-même fait partie de la réserve de Cheakamus; (2) tout ou partie du lit de la rivière Squamish se trouve «on the reserve» par l'effet de la présomption de common law *ad medium filum aquae*; et (3), suivant

27

28

29

phrase “on the reserve” found in s. 81(1)(o) of the *Indian Act* includes waters immediately adjacent to the Cheakamus Reserve. I will deal with each of these arguments in turn.

A. *Is the Fishery Itself Part of the Cheakamus Reserve?*

Introduction

30 There are three prongs to the appellants’ argument that the fishery is part of the Cheakamus Reserve. The first is that the process of reserve allotment in British Columbia was to protect prior rights of Indian nations by the establishment of reserves and the right of the Squamish Indians to fish at the reserve is one of those rights so protected; the second is that the Crown was under a fiduciary obligation to include the Squamish River as part of the reserve to secure the fishery for the Squamish Indians; and the third is based on U.S. jurisprudence and is to the effect that, in the creation of reserves, there was an implicit intention to include adjacent waters therein.

1. The Process of Reserve Allotment — The Policy of the Crown

(a) *The Crown’s Policy in Relation to Granting Fisheries*

31 The thrust of the appellants’ argument is that the process of reserve allotment in British Columbia was to protect the prior rights of Indian nations by the establishment of reserves. The right of the Squamish Tribe to fish at the reserve is one such right protected at the time that the reserve was established. The appellants put forth several submissions to conclude that the intention to protect this right was given full effect by the inclusion of the fishery in the Cheakamus Reserve when it was allotted by a Joint Reserve Commission in November 1876. Both in written and oral argument, the appellants asserted that the inclusion of the fishery in the reserve did not constitute a grant of a proprietary fishery to the Squamish Tribe or that it established exclusive fishing rights. It was

l’interprétation qu’il faut donner aux mots «*on the reserve*» figurant à l’al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, cette expression vise également les eaux adjacentes à la réserve de Cheakamus. Je vais examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

A. *La pêcherie elle-même fait-elle partie de la réserve de Cheakamus?*

Introduction

L’argument des appelants que la pêcherie fait partie de la réserve de Cheakamus comporte trois volets. Suivant le premier volet, le processus d’attribution des réserves en Colombie-Britannique visait à protéger les droits antérieurs des nations indiennes en établissant des réserves, et le droit des Indiens de Squamish de pêcher à leur réserve est l’un des droits ainsi protégés. Selon le deuxième volet, la Couronne avait l’obligation de fiduciaire d’inclure la rivière Squamish dans la réserve pour garantir la pêcherie aux Indiens de Squamish. Enfin, suivant le troisième volet, qui est fondé sur la jurisprudence américaine, il y avait, dans la création des réserves, une intention implicite d’inclure dans celles-ci les eaux y adjacentes.

1. Le processus d’attribution des réserves — politique de la Couronne

a) *La politique de la Couronne en ce qui concerne l’attribution des pêcheries*

L’aspect principal de l’argument des appelants est que le processus d’attribution des réserves en Colombie-Britannique visait à protéger les droits antérieurs des nations indiennes en établissant des réserves. Le droit de la tribu de Squamish de pêcher à la réserve est l’un des droits qui ont été ainsi protégés par l’établissement de la réserve. Les appelants ont présenté plusieurs arguments visant à établir qu’une commission mixte chargée des réserves avait, en novembre 1876, donné plein effet à l’intention de protéger ce droit en incluant la pêcherie dans la réserve de Cheakamus. Tant dans leurs observations écrites que dans leurs plaidoiries, les appelants ont affirmé que l’inclusion de la pêcherie dans la réserve n’avait pas eu pour effet d’accorder à la tribu de Squamish la propriété de la

contended only that the Province's interest in the proprietary fishery came under federal jurisdiction and administration upon the allotment of the Reserve. As a result of the establishment of the reserve, the Provincial interest in the fishery was reduced to a residual interest and the Dominion Government was fully empowered to exercise plenary powers over the reserve, including the fishery, under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. In turn, since federal jurisdiction is directed to the protection of the Indian interest, Squamish Band By-law No. 10 would govern fishing activities.

In appreciating the thrust of the appellants' argument, Wallace J.A. was of the opinion that the Lewises were seeking "to have their right to the fishery characterized as a right in the reserve with the result that no other party could participate in the fishery alongside the reserve" (p. 238). I agree that the appellants' argument could be characterized as seeking an exclusive right to the fishery, particularly since s. 5 of Squamish Indian Band By-law No. 10 states that "No person other than a member of the Squamish Indian Band shall engage in fishing upon Squamish Indian waters". This militates against the appellants' contention that they are not seeking exclusivity of the fishery.

Did the Crown intend the fishery to be part of the Squamish Reserve? Considerable historical evidence indicates that it was never the Crown's intention, at any point in time, to include a fishery as part of the reserve. A desire of both the provincial and federal governments to support and protect native fishing does not amount to granting exclusive fisheries. In fact, statements and legislation both pre-Confederation and post-Confederation demonstrate that the Crown's policy was to treat Indians and non-Indians equally as to the use of the water and not to grant exclusive use of any public waters for the purpose of fishing. For an extensive historical review of the Crown's policy,

pêcherie, ni de créer des droits de pêche exclusifs. On a plaidé uniquement que l'intérêt de propriété de la province dans la pêche était passé sous la compétence et l'administration du fédéral lors de l'attribution de la réserve. Par suite de l'établissement de la réserve, l'intérêt de la province dans la pêche a été réduit à un intérêt résiduaire et le gouvernement fédéral a été habilité à exercer les pleins pouvoirs sur la réserve, y compris la pêche, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En conséquence, comme la compétence du fédéral à cet égard a pour objet la protection des intérêts des Indiens, le règlement administratif n° 10 de la Bande de Squamish régirait les activités de pêche.

Dans son examen de l'aspect principal de l'argument des appelants, le juge Wallace a émis l'opinion que les Lewis cherchaient à [TRADUCTION] «faire qualifier leur droit sur la pêche de droit sur la réserve, de façon à ce que personne d'autre ne puisse pêcher le long de la réserve» (p. 238). Je conviens que l'argument des appelants pourrait être qualifié de tentative visant à se faire reconnaître un droit exclusif sur la pêche, compte tenu particulièrement du texte de l'art. 5 du règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish qui porte: «Il est interdit à quiconque n'est pas membre de la Bande indienne de Squamish de pêcher dans les eaux de la Bande». Cette disposition milite contre l'affirmation des appelants qu'ils ne recherchent pas l'exclusivité de la pêche.

La Couronne entendait-elle que la pêche fasse partie de la réserve Squamish? Il ressort d'une abondante preuve de nature historique que la Couronne n'a jamais eu l'intention, à quelque moment que ce soit, d'inclure une pêche dans la réserve. Le désir des gouvernements fédéral et provinciaux d'appuyer et de protéger la pêche autochtone n'équivaut pas à la concession de pêcheries exclusives. De fait, des déclarations et des textes de loi, tant préconfédératifs que postconfédératifs, démontrent que la Couronne avait comme politique de traiter les Indiens et les non-Indiens de la même façon en matière d'utilisation des eaux, et de ne pas concéder de droit exclusif d'utilisation

32

33

both pre-Confederation period and post-Confederation period, reference should be made to the reasons of my colleague, Cory J., in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 000 (at paras. 28 to 37).

34

Three commissioners were appointed in 1876 to form the Joint Indian Reserve Commission: Archibald McKinlay was appointed by the Province of British Columbia; Alexander C. Anderson was appointed by Canada; and Gilbert Malcolm Sproat was appointed by the federal and provincial governments. G. M. Sproat was the sole Indian Reserve Commissioner from 1878 to 1880 and Peter O'Reilly succeeded G. M. Sproat as the sole Indian Reserve Commissioner from 1880 to 1898. The historical evidence also shows that the authority and mandate of the Indian Reserve Commissioners, as representatives of the Crown, were limited to the allocation of land to the Indians, but they could only recommend an allocation of an exclusive fishery that would then have to be approved by the Department of Marine and Fisheries: see *Nikal*, *supra* (at paras. 38 to 54), for a number of historical statements on this issue.

35

Although the Commissioners did not have the power to grant exclusive fisheries and the Department of Marine and Fisheries refused to allow such an exclusivity in perpetuity, as confirmed by the evidence, it seems that lands beside rivers were reserved as fishing stations to permit Indian access to the fisheries. The system in British Columbia was described in 1906 by the Deputy Superintendent General of Indian Affairs in a letter relating to Indian fishing in Manitoba and the North-West Territories:

The Department has come to the conclusion that generally speaking, and unless under very exceptional circumstances the proper policy to pursue will be to let the Indians stand on the same footing as the settlers in so far as concerns the use of the waters, and to confine its efforts to endeavouring, where considered necessary, to secure stations on land to afford access to the waters, a system which it may be remarked appears to work well in the Province of British Columbia, and to resist efforts should any be made to compel the Indians to pay fees

de quelque étendue d'eau publique pour la pêche. Pour un examen détaillé de la politique de la Couronne, tant durant la période préconfédérative que durant la période postconfédérative, voir les motifs de mon collègue le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 000 (aux par. 28 à 37).

Trois commissaires ont été nommés en 1876 pour former la commission mixte des réserves indiennes: Archibald McKinlay, nommé par la province de la Colombie-Britannique; Alexander C. Anderson, nommé par le Canada; et Gilbert Malcolm Sproat, nommé par les gouvernements fédéral et provinciaux. G. M. Sproat a été l'unique commissaire des réserves indiennes de 1878 à 1880. Peter O'Reilly lui a succédé de 1880 à 1898. La preuve de nature historique révèle également que, en tant que représentants de la Couronne, les commissaires des réserves indiennes n'avaient que le mandat et le pouvoir d'attribuer des terres aux Indiens, et qu'ils ne pouvaient que recommander l'attribution d'une pêcherie exclusive, recommandation qui devait ensuite être approuvée par le ministère de la Marine et des Pêcheries: voir *Nikal*, précité (aux par. 38 à 54), pour un certain nombre de déclarations historiques sur cette question.

Même si les commissaires n'avaient pas le pouvoir d'accorder des pêcheries exclusives et que le ministère de la Marine et des Pêcheries refusait d'accorder une telle exclusivité à perpétuité, ce que confirme la preuve, il semble que des terres longeant les rivières étaient réservées en tant que postes de pêche afin de permettre aux Indiens l'accès aux pêcheries. En 1906, dans une lettre concernant la pêche indienne au Manitoba et dans les Territoires du Nord-Ouest, le surintendant général adjoint des Affaires indiennes a décrit ainsi le système en vigueur en Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Le ministère est arrivé à la conclusion que, de façon générale, sauf circonstances très exceptionnelles, la politique qu'il convient de suivre est de traiter les Indiens de la même façon que les colons en ce qui concerne l'utilisation des eaux, et que le ministère devrait uniquement s'efforcer, lorsque la chose est jugée nécessaire, d'établir des postes visant à permettre l'accès à ces eaux, système qui, peut-on le signaler, paraît bien fonctionner en Colombie-Britannique, en plus de résister à toute démarche qui pourrait être tentée

for licences to fish for domestic as distinguished from commercial purposes. [Emphasis added.]

(Frank Pedley, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, to Indian Commissioner for Manitoba and the North West Territories, 8 February, 1906 in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 6972, File No. 774/20-2 Part 1.)

Fishing stations were described as:

... plots of land ... allotted [by the Commissioners] on account of being places frequented by the Indians for the purpose of fishing, and were either adjacent to fisheries or within a convenient distance.

(Sam Bray, Chief Surveyor, Department of Indian Affairs, to Secretary, Indian Affairs, 13 January, 1898. Schedule of Fisheries allotted to Indians in British Columbia by the Indian Reserve Commissioners. National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3909, File No. 107297-3.)

On October 9, 1874, Indian Commissioner I. W. Powell wrote to the former Governor of the Colony of British Columbia, Sir James Douglas, enquiring as to whether "there was any particular basis of acreage used in setting apart Indian Reserves" prior to joining Confederation (Public Archives Canada). In reply, Governor Douglas stated, in part:

To this enquiry I may briefly rejoin that, in laying out Indian reserves no specific number of acres was insisted on. The principle followed in all cases was to leave the extent and selection of the land entirely optional with the Indians, who were immediately interested in the Reserve. The surveying Officers having instructions to meet their wishes in every particular and to include in each Reserve the permanent Village sites, the fishing stations, and burial grounds, cultivated land and all the favourite resorts of the tribes: and in short, to include every piece of ground to which they had acquired an

en vue de contraindre les Indiens à payer des droits pour obtenir des permis de pêche à des fins familiales par opposition à commerciales. [Je souligne.]

(Envoi de Frank Pedley, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, au commissaire des Indiens pour le Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest, 8 février 1906, Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 6972, n° de dossier 774/20-2, partie 1.)

Voici comment ont été décrits les postes de pêche:

[TRADUCTION] ... parcelles de terre [...] que [les commissaires] ont attribuées parce qu'elles étaient des endroits fréquentés par les Indiens à des fins de pêche, et qui étaient soit adjacentes à des pêcheries soit suffisamment près de celles-ci.

(Envoi de Sam Bray, arpenteur en chef, ministère des Affaires indiennes, au secrétaire, Affaires indiennes, 13 janvier 1898. Répertoire des pêcheries attribuées aux Indiens en Colombie-Britannique par les commissaires des réserves indiennes. Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3909, n° du dossier 107297-3.)

Le 9 octobre 1874, le commissaire des Indiens, I. W. Powell, a écrit à l'ancien gouverneur de la colonie de Colombie-Britannique, Sir James Douglas, pour lui demander si, [TRADUCTION] «pour la mise de côté des réserves indiennes, on appliquait une superficie de base particulière», avant la Confédération (Archives publiques du Canada). Voici, en partie, la réponse du gouverneur Douglas:

[TRADUCTION] Succinctement, je peux dire qu'on n'insistait pas sur un nombre précis d'acres lors de l'établissement des réserves indiennes. Dans tous les cas, le principe était de laisser le choix des terres et la détermination de leur étendue entièrement à l'appréciation des Indiens directement intéressés par la réserve. Les arpenteurs avaient comme directives de respecter tous les désirs des Indiens et d'inclure dans chaque réserve les villages permanents, les postes de pêche, les cimetières, les terres cultivées et tous les endroits favoris de la tribu: bref, d'inclure tout terrain à l'égard duquel les Indiens ont acquis le titre en equity, soit parce qu'ils l'ont occupé de façon constante, soit parce qu'ils l'ont labouré

equitable title, through continuous occupation, tillage, or other investment of their labour. [Emphasis added.]

(Letter from James Douglas to I. W. Powell, October 14, 1874, Public Archives Canada.)

38

The Report of the Government of British Columbia on the Subject of Indian Reserves (approved by the Lieutenant-Governor in Council, August 18, 1875) also contained a reference to fishing stations:

Reserves

From the above general remarks it is reasonable to suppose that large tracts of agricultural lands will not be required for the class of Indians referred to. Those who cannot be employed usefully, in the manner indicated, in fishing or hunting, might require and fairly expect farming lands. The other portion of the community would be provided for in other ways, by reserving their fishing stations, fur-trading posts and settlements, and by laying off a liberal quantity of land for a future town-site. In the mountain ranges, the most eligible localities for the hunter's purpose might be selected and reserved as fur-bearing preserves. [Emphasis added.]

(Order-in-Council No. 1071 and Report of B.C. Government on Indian Land Question, August 18, 1875.)

39

The appellants argue that the term "fishing station" cannot be taken to exclude the reservation of fishing rights at other locations. Based on the foregoing evidence, it would not be appropriate to expand the notion of "fishing station" to encompass fisheries as the Indian Reserve Commissioners could only allocate the lands and the Department of Marine and Fisheries refused to assign exclusive fisheries in perpetuity.

(b) *The Policy of the Crown and the Grant of the Cheakamus Reserve*

40

The Crown's general policy of not granting exclusive fisheries to Indians equally extends to

ou parce qu'ils y ont de quelque autre manière appliqué leur labour. [Je souligne.]

(Lettre de James Douglas à I. W. Powell, datée du 14 octobre 1874, Archives publiques du Canada.)

Il est également fait état des postes de pêche dans le *Report of the Government of British Columbia on the Subject of Indian Reserves* (approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil, le 18 août 1875):

[TRADUCTION]

Réserves

À partir des remarques générales qui précèdent, il est raisonnable de supposer que de grandes étendues de terres agricoles ne seront pas nécessaires pour la catégorie d'Indiens mentionnée. Ceux qui ne peuvent vaquer utilement, de la manière indiquée, à la pêche ou à la chasse, pourraient avoir besoin de terres agricoles et, en toute justice, s'attendre à en recevoir. La subsistance du reste de la collectivité serait assurée d'autres manières: en réservant leurs postes de pêche, leurs postes de traite de fourrures et leurs établissements, et en mettant de côté une vaste superficie de terre pour l'établissement d'une future ville. Dans les chaînes de montagne, les territoires les plus propices à la chasse pourraient être choisis et mis de côté à titre de réserves d'animaux à fourrure. [Je souligne.]

(Décret n° 1071 et rapport du gouvernement de la C.-B. concernant la question des terres indiennes, 18 août 1875.)

Les appelants prétendent que l'expression «poste de pêche» n'a pas pour effet d'empêcher que des droits de pêche soient réservés à d'autres endroits. À la lumière de la preuve dont il vient d'être fait état, il ne serait pas approprié d'élargir la notion de «poste de pêche» pour y inclure les pêcheries, car les commissaires des réserves indiennes avaient uniquement le pouvoir d'attribuer des terres et le ministère de la Marine et des Pêcheries refusait d'accorder à perpétuité des pêcheries exclusives.

b) *La politique de la Couronne et l'attribution de la réserve de Cheakamus*

La politique générale de la Couronne de ne pas accorder de pêcheries exclusives aux Indiens s'ap-

the allotment of the Cheakamus Reserve. Again, a brief review of the historical circumstances surrounding this particular grant clearly evinces an intention to allocate land, such as fishing stations, but not the Squamish River as forming part of the reserve.

All three Indian Reserve Commissioners received the following general instructions in relation to the point of reserve location:

While it appears theoretically desirable as a matter of general policy to diminish the number of small reserves held by any Indian nation, and when circumstances will permit to concentrate them on three or four large reserves, thus making them more accessible to missionaries and school teachers, you should be careful not even for this purpose to do any needless violence to existing tribal arrangements, and especially not to disturb the Indians in the possession of any villages, fishing stations, fur-trading posts, settlements or clearings, which they may xxxx [*sic*] occupy and to which they may be specially attached, . . . and should rather be encouraged to persevere in the industry or occupation they are engaged in, and with that view should be secured in the possession of the villages, fishing stations, fur-posts or other settlements or clearings which they occupy in connection with that industry or occupation, unless there are some special objections to so doing, as for example, where the Indian settlement is in objectionable proximity to any city, town, or to a village of white people. [Emphasis added.]

(Memorandum of Instructions to the Dominion Commissioner A. C. Anderson on the British Columbia Indian Land Question, 25th August 1876.)

As for the allocation of the Cheakamus Reserve No. 11, in a letter from Indian Reserve Commissioner G. M. Sproat to the federal Minister of the Interior, dated November 27, 1876, he reported that the Commissioners had acknowledged and informed the Indians of the essence of the instructions he had received. Commissioner Sproat also noted that:

The Muskweam and Skwawmish Reserves do not include any mountains nor what may be called fictitious

plique également à l'attribution de la réserve de Cheakamus. De nouveau, un bref examen des circonstances historiques de cette attribution démontre clairement l'existence d'une intention d'attribuer, en tant que terres faisant partie de la réserve, certains lieux tels des postes de pêche, mais non la rivière Squamish.

Les trois commissaires des réserves indiennes ont reçu les instructions générales suivantes relativement à l'emplacement des réserves:

[TRADUCTION] Bien qu'il paraisse souhaitable en théorie, en tant que politique générale, de diminuer le nombre de petites réserves détenues par une nation indienne, et lorsque les circonstances le permettent, de les regrouper en trois ou quatre grandes réserves, facilitant ainsi leur accès aux missionnaires et aux enseignants, vous devriez néanmoins prendre garde, et ce même à cette fin, de ne pas porter inutilement atteinte aux arrangements existants de la tribu, et tout particulièrement de ne pas troubler la possession, par les Indiens, de villages, postes de pêche, postes de traite, établissements ou clairières, qu'ils peuvent xxxx [*sic*] occuper et à l'égard desquels ils peuvent ressentir un attachement spécial; [. . .] vous devriez plutôt les encourager à poursuivre leurs activités ou occupations et, à cette fin, il faudrait leur garantir la possession des villages, postes de pêche, postes de traite ou autres établissements ou clairières qu'ils occupent relativement à ces activités ou occupations, sauf s'il existe des inconvénients particuliers à le faire, par exemple, lorsque l'établissement indien est situé beaucoup trop près d'une ville ou d'un village de blancs. [Je souligne.]

(Instructions données au commissaire fédéral, A. C. Anderson, relativement à la question des terres indiennes en Colombie-Britannique, 25 août 1876.)

En ce qui concerne l'attribution de la réserve n° 11 de Cheakamus, dans une lettre adressée au ministre fédéral de l'Intérieur et datée du 27 novembre 1876, le commissaire des réserves indiennes G. M. Sproat a précisé que les commissaires avaient pris connaissance des instructions données et en avaient communiqué l'essence aux Indiens. Le commissaire Sproat a aussi fait remarquer ce qui suit:

[TRADUCTION] Les réserves de Muskweam et de Skwawmish ne comprennent ni montagne ni superficie

acreage. The Indians are too intelligent to wish for mountains or stony land unsuitable for pasture. Nothing would be more misleading than to form opinions about acreage without reference to the quality of the land. These reserves contain as good soil as there is in the district, and have ample water frontages for the purposes of the Indians, but like all the land in the valley of the Skwawmish river, (except the hay land at its mouth,) they are for the most part heavily timbered. [Emphasis added.]

(Letter from Sproat to Minister of Interior, November 27, 1876, Provincial Archives of British Columbia.)

43

The Cheakamus Indian Reserve No. 11 was recommended for allotment on November 27, 1876 during the tenure of the Joint Indian Reserve Commission. In a letter from A. C. Anderson to the Minister of the Interior, dated March 21, 1877, no reference was made to any fisheries. Instead one reads the following:

On the other hand we have striven throughout to meet the just and reasonable expectations of the Indians, while at the same time endeavouring to fulfil, where possible the wishes of the Governments, by assigning compact Reserves of considerable area.

Thus, in addition to the various fishing stations, etc., we selected at the mouth of the Che-ak-a-mus, a tract of excellent land lying along the river, containing about 2,000 acres, a considerable portion of which is meadow; and at Staamis, the delta of the river, containing about 1,400 acres. These selections were made in the trust that, at some future day, the natives may be induced to congregate at these spots, as centres of population, and thus the education of the children, and the social improvement of the adults, be facilitated in accordance with the benevolent plans of the Government.

The soil along the river is generally very good; and the climate, though comparatively cold in winter, favourable for culture.

(A. C. Anderson, Dominion Indian Reserve Commissioner, to Minister of the Interior, 21 March, 1877. Extract. Copy in Annual Report of the Department of the Interior, 1877, Special Appendix D, in Canada, Parliament. *Sessional Papers*, No. 10, 1878.)

qu'on pourrait qualifier de fictive. Les Indiens sont trop intelligents pour vouloir des montagnes ou des terrains rocaillieux impropres aux pâturages. Rien ne serait plus trompeur que d'arrêter son opinion sur une superficie sans tenir compte de la qualité des terres visées. Ces réserves comptent d'aussi bonnes terres arables que les autres parties du district, ainsi que des berges suffisantes pour les besoins des Indiens; cependant, comme toutes les autres terres dans la vallée de la rivière Skwawmish (sauf celles servant à la culture du fourrage à son embouchure), elles sont pour la plupart densément boisées. [Je souligne.]

(Lettre de Sproat au ministre de l'Intérieur, datée du 27 novembre 1876, archives provinciales de Colombie-Britannique.)

L'attribution de la réserve indienne n° 11 de Cheakamus a été recommandée le 27 novembre 1876, pendant le mandat de la commission mixte des réserves indiennes. Dans une lettre datée du 21 mars 1877, envoyée par A. C. Anderson au ministre de l'Intérieur, il n'est fait mention d'aucune pêche. On y trouve plutôt ce qui suit:

[TRADUCTION] D'un autre côté, nous nous sommes toujours efforcés de satisfaire aux justes prétentions des Indiens, tout en essayant de nous rendre, quand c'était possible, au désir des deux gouvernements en assignant des réserves d'une grande étendue.

Ainsi, outre les stations de pêche, etc., nous avons choisi, à l'embouchure de la Che-ak-a-mus, une étendue de bonne terre le long de la rivière, contenant environ 2 000 acres et dont une partie considérable est en prairie, et à Stâamis, le delta de la rivière, une autre étendue d'environ 1 400 acres. Ces réserves ont été choisies dans l'espoir que quelque jour à venir les naturels s'y réuniront et en feront leurs centres de population, de manière à profiter des bienveillantes dispositions du gouvernement à leur égard au sujet de leur civilisation, de leur bien-être et de l'éducation de leurs enfants.

Le sol le long de la rivière est généralement très bon, et le climat, bien que comparativement froid en hiver, est très propre à l'agriculture.

(Envoi de A. C. Anderson, commissaire fédéral des réserves indiennes, au ministre de l'Intérieur, daté du 21 mars 1877. Extrait. Copie dans le rapport annuel du ministère de l'Intérieur, 1877, annexe spéciale D, au Canada, Parlement. *Documents de la session*, n° 10, 1878.)

In the Minutes of Decision establishing the reserves on the Squamish River dated November 27, 1876, the "Che-ah-ka-mist" (now known as Cheakamus) was described as follows:

An extensive reserve between Chemi and the Che-ah-ka-mist river, including all the land lying between the Skwawmish river and the base of the mountains and also including a small block in the bend of the Che-ah-ka-mist river extending half a mile westward along the base of the mountains from a marked alder near the graveyard at the Che-ah-ka-mist village, and northwards to the right bank of the Che-ah-ka-mist river so as to include the point of land on which the village of Che-ah-ka-mist is situated.

(Indian Reserve Commission British Columbia Minute of Decisions, November 27, 1876.)

Furthermore, prior to his survey of The Cheakamus Reserve, Edward Mohun had written to W. S. Gore, the Surveyor General of British Columbia, in order to ensure that rivers could be used as boundaries. After reviewing the provincial land legislation, the *Land Amendment Act, 1879*, Gore replied that there was no objection to

making the banks [that is, the ordinary high water mark] of a River or Lake a boundary; . . . provided the River or Lake is sufficiently large to constitute what might be termed a natural boundary . . .

(W. S. Gore, Surveyor General of British Columbia, to Edward Mohun, Surveyor in Charge of Indian Reserve Surveys, B.C., 30 June, 1879 in Public Archives of British Columbia, GR 440, Volume 14, p. 420.)

In 1881, Mohun surveyed the Cheakamus Indian Reserve No. 11 and he traversed the ordinary high water mark of the Squamish River as the boundary of the reserve.

There is other evidence that supports the view that the Squamish River was not part of the reserve. For example, A. W. Vowell, Indian Superintendent of British Columbia, wrote to J. D.

Dans le procès-verbal de la décision établissant les réserves le long de la rivière Squamish, en date du 27 novembre 1876, la «Che-ah-ka-mist» (connue aujourd'hui sous le nom de Cheakamus) a été décrite ainsi:

[TRADUCTION] Vaste réserve entre Chemi et la rivière Che-ah-ka-mist, y compris toutes les terres situées entre la rivière Skwawmish et le pied des montagnes, ainsi qu'un petit bloc dans le coude de la rivière Che-ah-ka-mist, sur une distance d'un demi-mille vers l'ouest le long du pied de la montagne, à partir d'un aulne marqué près du cimetière du village de Che-ah-ka-mist, puis vers le nord jusqu'à la rive droite de la rivière Che-ah-ka-mist, pour inclure la parcelle sur laquelle est situé le village de Che-ah-ka-mist.

(Procès-verbal des décisions de la Commission des réserves indiennes pour la Colombie-Britannique, 27 novembre 1876.)

Qui plus est, avant d'arpenter la réserve de Cheakamus, Edward Mohun avait écrit à W. S. Gore, arpenteur général de la Colombie-Britannique, pour s'assurer que les rivières pouvaient être utilisées comme limites. Après avoir examiné la législation foncière provinciale, la *Land Amendment Act, 1879*, Gore a répondu que rien ne s'opposait au fait

[TRADUCTION] d'utiliser les rives [c.-à-d. la laisse des hautes eaux ordinaires] d'une rivière ou d'un lac comme limites; [. . .] pourvu que la rivière ou le lac en question soit suffisamment large pour constituer ce qu'il est possible d'appeler une limite naturelle. . .

(Envoi de W. S. Gore, arpenteur général de la Colombie-Britannique, à Edward Mohun, arpenteur responsable de l'arpentage des réserves indiennes, C.-B., 30 juin 1879, archives publiques de la Colombie-Britannique, GR 440, volume 14, p. 420.)

En 1881, lorsqu'il a arpenté la réserve indienne n° 11 de Cheakamus, Mohun a suivi la laisse des hautes eaux ordinaires de la rivière Squamish comme limite de la réserve.

Il existe d'autres éléments de preuve étayant le point de vue que la rivière Squamish ne faisait pas partie de la réserve. Par exemple, A. W. Vowell, surintendant des Indiens pour la Colombie-

McLean, Secretary, Indian Affairs, inquiring as to whether or not the Squamish Indians have the exclusive right to the fishery in such parts of the river as run through their reserves, and on the foreshore between high and low water mark fronting on the reserves. J. D. McLean responded:

In reply I beg to inform you that the Department approves of the course pursued by the Agent in so far as ordering the Japanese fishermen to remove from Ahtsann Reserve, but as to forbidding them to fish in that part of the River which passes through the Reserve, it fails to see how such action can be sustained unless the stream be unnavigable, for, in so far as tidal or navigable waters are concerned, the Indians can assert no foreshore or other rights.

The Indians can assert exclusive fishing rights with respect to such part of unnavigable waters as are bounded on both sides by their Reserve, or, in case of an unnavigable stream being bounded on one side only by the Reserve, to the half of the stream on the Reserve side thereof.

(J. D. McLean, Secretary, Department of Indian Affairs, to A. W. Vowell, Indian Superintendent of British Columbia, 2 October, 1900 in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 4937, p. 437.)

47

A final indication that no exclusive right to the fishery was granted is found in Order-in-Council No. 1036, approved and ordered on July 29, 1938 transferring the underlying title to reserves in British Columbia from the Province to Canada. It stated that "the lands set out in schedule attached hereto be conveyed to His Majesty the King in the right of the Dominion of Canada in trust for the use and benefit of the Indians of the Province of British Columbia . . .". The Cheakamus Reserve No. 11 (4,037.90 acreage) is described in the following manner:

New Westminster District, on the left bank of the Squamish River, between Chemi Creek and Cheakamus River.

(Order-in-Council No. 1036, July 29, 1938.)

48

In conclusion, there appears to be clear evidence that it was never the intention of the Crown to pro-

Britannique, a écrit à J. D. McLean, secrétaire, Affaires indiennes, pour lui demander si les Indiens de Squamish possédaient le droit exclusif à la pêche dans les parties de la rivière qui traversent leurs réserves, ainsi que dans l'estran bordant les réserves. J. D. McLean a répondu ce qui suit:

[TRADUCTION] En réponse à votre question, je tiens à vous informer que le ministère approuve la ligne de conduite suivie par l'agent pour ce qui est d'ordonner aux pêcheurs japonais de quitter la réserve Ahtsann; cependant, pour ce qui est de leur interdire de pêcher dans la partie de la rivière qui traverse la réserve, le ministère ne voit pas comment une telle mesure peut être justifiée, à moins que le cours d'eau ne soit pas navigable, car pour ce qui concerne les eaux à marée ou les eaux navigables, les Indiens ne peuvent revendiquer aucun droit sur l'estran ou d'autres droits analogues.

Les Indiens peuvent revendiquer des droits de pêche exclusifs sur la partie des eaux non navigables délimitées des deux côtés par la réserve, ou, dans le cas d'un cours d'eau non navigable délimité d'un seul côté par la réserve, sur la moitié du cours d'eau qui se trouve du côté de la réserve.

(Envoi de J. D. McLean, secrétaire, ministère des Affaires indiennes, à A. W. Vowell, surintendant des Indiens pour la Colombie-Britannique, 2 octobre 1900, Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 4937, p. 437.)

Le décret n° 1036, qui a été approuvé et pris le 29 juillet 1938 et qui a transféré de la province au Canada le titre sous-jacent aux réserves situées en Colombie-Britannique, constitue une dernière indication qu'aucun droit exclusif sur la pêche n'a été accordé. Aux termes de ce décret: [TRADUCTION] «les terres décrites dans l'annexe ci-jointe sont transférées à Sa Majesté le Roi du chef du Dominion du Canada en fiducie au profit et à l'usage des Indiens de la province de la Colombie-Britannique . . .» La réserve n° 11 de Cheakamus (4 037,90 acres) est décrite en ces termes:

[TRADUCTION] District de New Westminster, sur la rive gauche de la rivière Squamish, entre le ruisseau Chemi et la rivière Cheakamus.

(Décret n° 1036, 29 juillet 1938.)

En conclusion, il paraît exister des éléments de preuve indiquant de façon claire que la Couronne

vide the Bands with an exclusive fishery in waters adjacent to the reserves. In particular, there was no evidence that the Squamish Indian Band was granted an exclusive fishery in the Squamish River at the Cheakamus site.

2. The Crown's Fiduciary Duty

The appellants also argue that the Crown was under a fiduciary duty to include the river as part of the reserve in order to secure the fishery for the Indians. Wallace J.A. commented on this submission by the appellants by stating the following (at pp. 238-39):

The Lewises contend that fiduciary obligations of the Crown support the finding that the fishery is part of the reserve. They submit that the Crown's fiduciary responsibility to the Indian people does not require a triggering event (such as a surrender) for it to arise, but rather that it is founded generally on the relationship between the Crown and Indian Bands in relation to the land. Such a duty, it is said, requires that Indian rights be construed liberally in favour of Indians in that the Crown is honour bound not to diminish Indian interests.

It appears to me that any obligation of the Crown to act honourably to the members of the Band is satisfied in the circumstances of this case by the location of the reserve and the application of the principles set forth in *Sparrow*. The reserve, together with the priority which *Sparrow* establishes, gives the Band members secured access to a fishery in which they have a constitutional priority. The members of the Band have a first call on the fishery harvest for sustenance and ceremonial purposes, subject only to the requirements of conservation. This proper and just result clearly vindicates the honour of the Crown.

The appellants respond to Wallace J.A.'s conclusion that the establishment of the Cheakamus Reserve was not to protect the fishery by its inclusion within the reserve, but to assure physical access to a traditional fishery. In their opinion, mere access is not enough as it does not serve to

n'a jamais eu l'intention d'accorder aux bandes des pêcheries exclusives dans les eaux adjacentes aux réserves. Plus particulièrement, il n'a été présenté aucune preuve qu'une pêcherie exclusive dans la rivière Squamish, à la hauteur de Cheakamus, a été accordée à la Bande indienne de Squamish.

2. L'obligation de fiduciaire de la Couronne

Les appellants affirment également que la Couronne avait l'obligation de fiduciaire d'inclure la rivière dans la réserve afin de garantir la pêcherie aux Indiens. Le juge Wallace a commenté ainsi cet argument des appelants (aux pp. 238 et 239):

[TRADUCTION] Les Lewis soutiennent que l'existence d'obligations de fiduciaire de la Couronne permet de conclure que la pêcherie fait partie de la réserve. Ils prétendent qu'aucun événement déclencheur (telle une cession) n'est requis pour faire naître la responsabilité de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens, mais que cette responsabilité repose de façon générale sur les rapports qu'entretiennent la Couronne et les bandes indiennes à l'égard du territoire. Une telle obligation, affirme-t-on, commande que les droits des Indiens soient interprétés libéralement en leur faveur, étant donné que la Couronne est tenue par l'honneur de ne pas réduire ces droits.

Compte tenu de l'emplacement de la réserve et après application des principes exposés dans l'arrêt *Sparrow*, il m'apparaît que, dans les circonstances de la présente affaire, la Couronne s'est acquittée de toute obligation qu'elle avait d'agir honorablement envers les membres de la bande. En effet, la réserve ainsi que le droit de priorité établi par l'arrêt *Sparrow* ont pour effet de garantir aux membres de la Bande l'accès à une pêcherie sur laquelle ils ont un droit de priorité protégé par la Constitution. Les membres de la bande ont la priorité sur les ressources de la pêcherie pour s'alimenter et pratiquer leurs rituels, sous réserve seulement des besoins de conservation. Ce résultat juste et convenable préserve clairement l'honneur de Sa Majesté.

En réponse à la conclusion du juge Wallace que l'établissement de la réserve de Cheakamus ne visait pas à protéger la pêcherie en l'incluant dans la réserve, mais plutôt à garantir l'accès physique à une pêcherie traditionnelle, les appellants affirment que l'accès seul ne suffit pas, car il ne permet pas

protect the interest of the Squamish Tribe in the fishery. The appellants explain that the fisheries in non-tidal waters are proprietary. In this case, the proprietary interest in the Squamish River lies in the Province. Therefore, the exercise of provincial powers could, if the fishery was not part of the reserve, have an incidental effect on the very fishery that nourishes the identity of the Squamish tribe.

51

The appellants also submit that the decision *Sparrow, supra*, is not sufficient for the following reasons: (1) the proprietary interest has to be held by the federal government or the fishery cannot be assured, despite the location of the reserve. The appellants state for example that the river could be alienated to other uses, such as resource extraction or construction; (2) the Crown's duty was to protect Indians in the exercise of their fishing rights. Simple proximity to a fishery, by providing a place of access, offers no legal protection. It may establish access in fact, but not necessarily in law; and (3) the Crown could not have anticipated the 1982 constitutional amendments in 1875 so it can only be concluded that the Crown's action in 1876 to allot the reserve was intended to be sufficient at that time to fulfil its obligation to the Indians.

52

Even if the process of reserve allotment in British Columbia was to protect the prior rights of Indian nations by the establishment of reserves, the Crown did not breach its fiduciary duty, assuming, without deciding, that one existed at the time of allotment. First, it appears from the historical evidence that any fiduciary obligation on the part of the Crown to secure access to the fishery for the Squamish Indian Band was honoured by providing fishing stations for their use. Furthermore, in my view, the fact that the Crown did not secure a larger access to the fishery for the Squamish Indian Band, in addition to the fishing stations, did not

de protéger les droits de la tribu de Squamish sur la pêche. Les appelants expliquent que les pêcheries dans les eaux sans marée appartiennent à quelqu'un. En l'espèce, l'intérêt propriétaire dans la rivière Squamish appartient à la province. En conséquence, si la pêche ne faisait pas partie de la réserve, l'exercice de pouvoirs provinciaux pourrait avoir des répercussions sur cette pêche qui contribue à l'identité de la tribu de Squamish.

Les appelants soutiennent également que les principes énoncés dans l'arrêt *Sparrow*, précité, ne sont pas suffisants et ce pour les motifs suivants. (1) L'intérêt propriétaire doit être détenu par le gouvernement fédéral, à défaut de quoi la pêche ne peut être garantie, malgré l'emplacement de la réserve. À titre d'exemple, les appelants mentionnent que la rivière pourrait être aliénée pour d'autres usages, tels que l'extraction de ressources ou des travaux de construction. (2) La Couronne avait l'obligation de protéger l'exercice par les Indiens de leurs droits de pêche. Le simple fait d'assurer la proximité d'une pêche en fournissant aux intéressés un point d'accès à celle-ci n'offre pas de protection juridique. En effet, une telle mesure peut fort bien établir l'accès dans les faits, mais pas nécessairement en droit. (3) Comme la Couronne ne pouvait pas prévoir, en 1875, les modifications qui seraient apportées à la Constitution en 1982, la seule conclusion possible est que la décision de la Couronne, en 1876, d'attribuer la réserve se voulait une mesure suffisante, à l'époque, pour s'acquitter de son obligation envers les Indiens.

Même si le processus d'attribution des réserves en Colombie-Britannique visait à protéger les droits antérieurs des nations indiennes par l'établissement de réserves, la Couronne n'a pas manqué à son obligation de fiduciaire, si l'on suppose, sans toutefois en décider, qu'une telle obligation existait au moment de l'attribution. Premièrement, il ressort de la preuve de nature historique que, en établissant des postes de pêche, la Couronne s'est acquittée de toute obligation de fiduciaire qu'elle pouvait avoir de garantir à la Bande indienne de Squamish l'accès à la pêche. De plus, je suis d'avis que le fait que la Couronne

amount to exploitation: see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, and *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344. Accordingly, if the Crown had a fiduciary duty to include the river as part of the reserve in order to secure the fishery for the Indians as argued by the appellants, I believe that it was fulfilled.

3. The Crown's Implicit Intention — Transfer by Implication

The appellants also rely on U.S. cases to indicate that in the creation of reserves, the implicit intention was to include the adjacent waters. They particularly try to support this position by highlighting the similarities between this appeal and the decision in *Alaska Pacific Fisheries v. United States*, 248 U.S. 78 (1918). In that case, the grant by Congress described the Indian reservation as, in part, the “body of lands known as Annette Islands” (p. 79). The Supreme Court held that the body of lands known as Annette Islands embraced the intervening and surrounding waters. Van Devanter J. stated, at p. 89, that “[t]he Indians could not sustain themselves from the use of the upland alone. The use of the adjacent fishing grounds was equally essential. Without this the colony could not prosper in that location.” In my view, that case can be distinguished on its unique circumstances involving islands and intervening waters and is therefore of no assistance in determining the boundaries of the Cheakamus Indian Reserve No. 11.

Conclusion

In conclusion, the appellants' contention that the government took the necessary steps to protect the fishery of the Squamish River when the reserve was allotted to the Squamish Indians and therefore

n'ait pas assuré à la Bande indienne de Squamish un accès plus étendu à la pêcherie, outre l'établissement de postes de pêche, n'équivaut pas à de l'exploitation: voir *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, et *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344. En conséquence, si la Couronne avait, comme le soutiennent les appelants, l'obligation de fiduciaire d'inclure la rivière dans la réserve afin de garantir aux Indiens l'accès à la pêcherie, j'estime qu'elle s'en est acquittée.

3. L'intention implicite de la Couronne — transfert par implication

Les appelants se fondent également sur des arrêts américains pour dire que, lors de la création des réserves, il y avait une intention implicite d'inclure dans celles-ci les eaux adjacentes. De façon plus particulière, ils ont tenté d'étayer cet argument en faisant ressortir les similitudes entre le présent pourvoi et l'arrêt *Alaska Pacific Fisheries c. United States*, 248 U.S. 78 (1918). Dans cet arrêt, dans l'acte d'attribution de la réserve indienne par le Congrès, celle-ci était décrite en partie comme suit: [TRADUCTION] «l'ensemble des terres appelées îles Annette» (p. 79). La Cour suprême a statué que les terres appelées îles Annette englobaient les eaux interposées et périphériques. Le juge Van Devanter a déclaré, à la p. 89, que [TRADUCTION] «[l]es Indiens ne pouvaient pas assurer leur subsistance uniquement par l'exploitation des hautes terres. L'exploitation des secteurs de pêche adjacents était également essentielle. Sans ces secteurs, la colonie ne pouvait prospérer à cet endroit.» À mon avis, en raison de ses circonstances particulières — le fait qu'il était question d'îles et d'eaux interposées —, cet arrêt peut être distingué du présent pourvoi, et il n'est donc d'aucune utilité dans la détermination des limites de la réserve indienne n° 11 de Cheakamus.

Conclusion

En conclusion, il faut rejeter la prétention des appelants que, lors de l'attribution de la réserve aux Indiens de Squamish, le gouvernement avait pris les mesures nécessaires pour protéger la

it forms part of the reserve must be rejected. First, the historical evidence does not support such a contention. There was no intention to create exclusive fisheries during either the pre-Confederation period or the post-Confederation period. Also, if I assume, without deciding, that the Crown had a fiduciary duty to include the river as part of the reserve in order to secure the fishery for the Band, I believe that it was fulfilled. If Indian fishing was protected through reserve creation, it was only at "fishing stations". Consequently, the appellants' first argument must fail.

B. *The Ad Medium Filum Aquae Presumption*

55

The appellants also argue that the By-law authorizes the fishing activities in question because the reserve has a proprietary interest in the river bed itself which would include the fishery. This submission pertains to whether the bed or any part of the bed of the Squamish River is "on the reserve" by operation of the presumption *ad medium filum aquae*.

Application of the *Ad Medium Filum Aquae* Presumption in Canada

56

The *ad medium filum aquae* presumption is a common law rule by which ownership of the bed of a non-tidal river or stream belongs in equal halves to the owners of riparian land, whether the body of water is navigable or not: *Halsbury's Laws of England*, vol. 49 (4th ed. 1984), at para. 381 *et seq.* This presumption can be rebutted either by the terms of the instrument, or circumstances surrounding the grant or conveyance indicating a different intention: see G. V. La Forest, *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces* (1973), at p. 243; *Micklethwait v. Newlay Bridge Co.* (1886), 33 Ch. D. 133, at p. 145. This presumption was made applicable in British Columbia as of November 19, 1858 by virtue of the *English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, 30 Vict., No. 70, s. 2 (now the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 2), so far as it was "not from local circumstances inapplicable".

pêcherie de la rivière Squamish et qu'en conséquence cette pêcherie fait partie de la réserve. Premièrement, la preuve de nature historique n'appuie pas cette prétention. Il n'y a jamais eu d'intention de créer des pêcheries exclusives, ni durant la période préconfédérative ni durant la période postconfédérative. De plus, à supposer, sans toutefois en décider, que la Couronne avait l'obligation de fiduciaire d'inclure la rivière dans la réserve afin de garantir la pêcherie à la bande, j'estime qu'elle s'en est acquittée. Si la pêche indienne était protégée par la création de réserves, elle ne l'était qu'«aux postes de pêche». En conséquence, le premier argument des appelants doit être rejeté.

B. *La présomption Ad Medium Filum Aquae*

Les appelants affirment également que le règlement administratif autorise les activités de pêche visées en l'espèce parce que la réserve possède un intérêt propriétaire dans le lit même de la rivière, ce qui inclurait la pêcherie. Cet argument soulève la question de savoir si toute ou partie du lit de la rivière se trouve «on the reserve» par l'effet de la présomption *ad medium filum aquae*.

Application de la présomption *ad medium filum aquae* au Canada

La présomption *ad medium filum aquae* est une règle de common law en vertu de laquelle le lit d'une rivière ou d'un ruisseau sans marée appartient en parts égales aux propriétaires des fonds riverains, que le cours d'eau soit navigable ou non: *Halsbury's Laws of England*, vol. 49 (4^e éd. 1984), au par. 381 et suivants. Cette présomption peut être réfutée soit par les termes de l'acte, soit par les circonstances de l'attribution ou du transfert si elles indiquent une intention différente: voir G. V. La Forest, *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces* (1973), à la p. 243; *Micklethwait c. Newlay Bridge Co.* (1886), 33 Ch. D. 133, à la p. 145. Cette présomption a été rendue applicable en Colombie-Britannique le 19 novembre 1858 par l'*English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, 30 Vict., No. 70, art. 2 (maintenant la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 2), dans la mesure où elle n'était [TRADUCTION] «pas inapplicable [...] en raison de conditions locales».

At the outset, it should be noted that, since the *ad medium filum aquae* presumption relates to ownership of riparian land, the question remains as to whether it applies to Indian reserves. For the purposes of this appeal, given that the application of the presumption to Indian reserves was not argued by either of the parties, I will assume without deciding that the *ad medium filum aquae* presumption applies to reserves.

Van der Hoop Co. Ct. J. in applying the *ad medium filum aquae* presumption to the Squamish River considered that the decision in the *B.C. Fisheries* case, *supra*, governed the appeal as it concerned navigable non-tidal waters. The Privy Council in that case was concerned with the interpretation of a grant that was conveyed by the Province of British Columbia to the Dominion Government. The grant related to a strip of land within which the planned national railway line through British Columbia would be built. This strip of land was not to exceed 20 miles in width on each side of the railway line, and came to be known as the "railway belt". In answering the question as to what passed to the Dominion under the grant, the Privy Council was "unable to see any ground for construing the grant of the railway belt as excluding such lands situated within it as are covered with water. The solum of a river bed is a property differing in no essential characteristic from other lands" (p. 167). The appellants also rely on this decision and others to argue that in fact navigability is not of any import because the Privy Council did not state any principle with respect to the relevance of navigability or non-navigability to the application of the *ad medium filum aquae* presumption.

Wallace J.A. disagreed with the applicability of that decision for the following reason (at p. 236):

The Privy Council, in that case, was not considering a grant of designated territory with a river located outside the land granted, but adjacent to it. The Privy Council

Au départ, il convient de signaler que, comme la présomption *ad medium filum aquae* se rattache à la propriété des fonds riverains, il reste encore à se demander si elle s'applique aux réserves indiennes. Pour les fins du présent pourvoi, étant donné qu'aucune des parties n'a plaidé l'application de la présomption aux réserves indiennes, je vais supposer, sans toutefois trancher la question, que la présomption *ad medium filum aquae* s'applique aux réserves.

En appliquant la présomption *ad medium filum aquae* à la rivière Squamish, le juge van der Hoop a considéré que l'appel était régi par l'arrêt *Pêcheries en Colombie-Britannique*, précité, puisqu'il portait sur des eaux sans marée navigables. Dans cet arrêt, le Conseil privé devait interpréter une concession consentie au gouvernement fédéral par la province de la Colombie-Britannique. La concession visait une bande de terre sur laquelle serait construite la ligne de chemin de fer devant traverser la Colombie-Britannique. Cette bande de terre, qui ne devait pas excéder 20 milles de largeur de chaque côté de la ligne de chemin de fer, en est venue à être connue sous le nom de «ceinture ferroviaire». Dans sa réponse à la question de savoir ce qui avait été concédé au fédéral, le Conseil privé a dit être [TRADUCTION] «incapable de trouver quelque raison de considérer que la concession de la ceinture ferroviaire n'incluait pas les terres submergées s'y trouvant. Le solum du lit d'une rivière est un bien-fonds qui ne diffère par aucune caractéristique essentielle des autres types de terres» (p. 167). Les appelants se fondent également sur cette décision ainsi que sur d'autres pour affirmer que, dans les faits, la navigabilité n'a aucune importance étant donné que le Conseil privé n'a formulé aucun principe concernant la pertinence de la navigabilité ou de la non-navigabilité eu égard à l'application de la présomption *ad medium filum aquae*.

Le juge Wallace a exprimé son désaccord quant à l'applicabilité de cette décision, et ce pour le motif suivant (à la p. 236):

[TRADUCTION] Dans cet arrêt, le Conseil privé n'examinait pas la concession d'un territoire désigné, à l'extérieur duquel coulait une rivière qui lui était adjacente.

57

58

59

merely held that the plain language of the grant of the railway belt transferred whatever lands came within its parameters — whether covered with water or not.

I agree with his conclusion and consider that the *B.C. Fisheries* case, *supra*, does not settle the question of the applicability of the presumption.

60 The appellants also rely on *Canadian Exploration, supra*, where this Court held that the presumption applied in British Columbia. However, Locke J., in applying the *ad medium filum* presumption, noted that the water course in question was not navigable. He also took care to distinguish tidal and navigable waters from those bodies of water to which the presumption applies — non-tidal and non-navigable.

61 Moreover, several cases have made it clear that, in western Canada at least, the *ad medium filum* presumption does not apply to navigable rivers: see the Manitoba Court of Appeal decision *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184, the Alberta Court of Appeal decision *Flewelling v. Johnston*, [1921] 2 W.W.R. 374, and this Court's decision *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3. An overview of these cases can be found in the reasons of my colleague, Cory J., in *Nikal, supra* (at paras. 64 to 72).

62 As a result of the foregoing jurisprudence, I conclude that the applicability of the *ad medium filum aquae* presumption is determined by the navigability of the body of water at issue. It is also relatively clear that the *ad medium filum* presumption cannot apply to navigable rivers in British Columbia, as it was also held inapplicable in Manitoba and in Alberta, which have similar statutory language. Assuming without deciding that the *ad medium filum aquae* presumption applies to Indian reserves, the conclusion I have reached is sufficient to dispense with the appellants' position, as the trial judge explicitly found that the Squamish River was navigable. Accordingly, the question

Le Conseil privé a tout simplement statué que, selon les termes mêmes de la concession de la ceinture ferroviaire, toutes les terres se trouvant à l'intérieur de celle-ci, submergées ou non, avaient été transférées.

Je suis d'accord avec la conclusion du juge Wallace et j'estime que l'arrêt *Pêcheries en Colombie-Britannique*, précité, ne règle pas la question de l'applicabilité de la présomption.

Les appelants se fondent aussi sur l'arrêt *Canadian Exploration*, précité, dans lequel notre Cour a statué que la présomption s'appliquait en Colombie-Britannique. Cependant, en appliquant la présomption *ad medium filum*, le juge Locke a fait remarquer que le cours d'eau en question n'était pas navigable. Il a également pris soin de distinguer les eaux à marée navigables des étendues d'eau auxquelles s'applique la présomption — les eaux sans marée non navigables.

Qui plus est, plusieurs décisions ont clairement établi que, dans l'ouest canadien à tout le moins, la présomption *ad medium filum* ne s'applique pas aux rivières navigables: voir la décision de la Cour d'appel du Manitoba *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184; la décision de la Cour d'appel de l'Alberta *Flewelling c. Johnston*, [1921] 2 W.W.R. 374, et l'arrêt de notre Cour *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3. Dans l'arrêt *Nikal*, précité, (aux par. 64 à 72), mon collègue le juge Cory fait un survol de ces décisions.

Compte tenu de la jurisprudence susmentionnée, je conclus que l'applicabilité de la présomption *ad medium filum aquae* est fonction de la navigabilité de l'étendue d'eau en cause. De plus, il est relativement clair que cette présomption ne peut s'appliquer aux rivières navigables en Colombie-Britannique, puisqu'elle a également été jugée inapplicable au Manitoba et en Alberta, qui ont des lois rédigées en des termes similaires. À supposer, sans toutefois trancher la question, que la présomption *ad medium filum aquae* s'applique aux réserves indiennes, la conclusion à laquelle je suis arrivé suffit pour écarter l'argument des appelants sur ce point, étant donné que le juge du procès a

whether in the circumstances the presumption was rebutted does not arise. Consequently, the boundaries of the reserve are limited by the natural boundary of the Squamish River, and not the middle thread of the river.

C. The Interpretation of Section 81(1)(o) of the Indian Act

The appellants' final argument is that notwithstanding the fact the Squamish River is outside the Cheakamus Reserve No. 11, the provisions of By-law No. 10 nevertheless apply to it, rather than the *Fisheries Act* and its regulations.

By-law No. 10 of the Squamish Indian Band was passed in 1977 and made under the authority of s. 81(1)(o) of the *Indian Act* (formerly s. 81(o)), which provides:

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely,

(o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve;

The appellants argue that the phrase "on the reserve" should be interpreted to include waters immediately adjacent to the reserve. Alternatively, they submit that the expression is ambiguous and that any ambiguity should be resolved to satisfy the manifest intention of s. 81(1)(o) of the *Indian Act* to permit band councils to regulate a resource of fundamental importance to them, the fishery. As agreed by the parties, if the term "on the reserve" in the *Indian Act* is given the interpretation favoured by the appellants, the by-law in question would constitute a defence to the charges under the *British Columbia Fishery (General) Regulations*.

explicitement conclu que la rivière Squamish était navigable. En conséquence, la question de savoir si, dans les circonstances, la présomption a été réfutée, ne se pose pas. La réserve est donc délimitée par la frontière naturelle que constitue la rivière Squamish et non par la ligne médiane de ce cours d'eau.

C. L'interprétation de l'al. 81(1)o de la Loi sur les Indiens

Le dernier argument des appelants est que, même si la rivière Squamish est située à l'extérieur de la réserve indienne n° 11 de Cheakamus, ce sont les dispositions du règlement administratif n° 10, et non la *Loi sur les pêches* et son règlement d'application, qui s'appliquent à la rivière.

Le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish, qui a été pris en 1977, est fondé sur l'al. 81(1)o de la *Loi sur les Indiens* (auparavant l'al. 81o)), dont voici le texte:

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve [«on the reserve»];

Les appelants soutiennent que l'expression «on the reserve» devrait être interprétée de façon à inclure les eaux adjacentes à la réserve. Subsidiairement, ils prétendent que l'expression est ambiguë, et que toute ambiguïté devrait être résolue de façon à respecter l'objet manifeste de l'al. 81(1)o de la *Loi sur les Indiens*, qui est de permettre aux conseils de bande de réglementer une ressource d'une importance fondamentale pour eux, les pêcheries. Comme en conviennent les parties, si l'expression «on the reserve» est interprétée de la manière préconisée par les appelants, le règlement administratif en question constituerait un moyen de défense à l'égard des accusations portées en vertu du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*.

63

64

65

1. The General Principles of Interpretation of Enactments Dealing with Indians

66

The canons of interpretation of statutes relating to Indians were set forth in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, where it was said at p. 36 that “treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians”. In *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, in discussing *Nowegijick*, La Forest J. stated at p. 143 that different considerations must apply in the case of statutes relating to Indians:

Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. This approach is not a jettisoning of the liberal interpretative method. As already stated, it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them. Thus if legislation bears on treaty promises, the courts will always strain against adopting an interpretation that has the effect of negating commitments undertaken by the Crown; see *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), at p. 533.

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote. [Emphasis added.]

With those guidelines and traditional rules of statutory interpretation in mind, it is my opinion that, as I shall presently discuss, the phrase “on the reserve” in s. 81(1)(o) of the *Indian Act* means within the boundaries of the reserve. In order to determine the meaning of the phrase, I will analyze in turn the wording, context, and purpose of the statutory provision: see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991); and Driedger on the Construction of Statutes (3rd ed. 1994).

1. Les principes généraux d'interprétation des textes de loi concernant les Indiens

Les principes d'interprétation des lois relatives aux Indiens ont été formulés dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, où il est dit, à la p. 36, que «les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens». Dans *Mitchell c. Bande Indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest, dans son examen de l'arrêt *Nowegijick*, a déclaré, à la p. 143, que des considérations différentes doivent s'appliquer dans le cas des lois visant les Indiens:

Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. Donc si la loi porte sur des promesses contenues dans un traité, les tribunaux vont toujours s'efforcer de rejeter une interprétation qui a pour effet de nier les engagements pris par la Couronne; voir l'arrêt *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), à la p. 533.

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir. [Je souligne.]

À la lumière de ces lignes directrices et des règles traditionnelles d'interprétation législative, je suis d'avis, comme je vais maintenant l'expliquer, que l'expression «on the reserve» figurant à l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens* signifie à l'intérieur des limites de la réserve. Pour déterminer le sens de cette expression, j'examinerai successivement le texte, le contexte et l'objet de la disposition législative: voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990); et Driedger on the Construction of Statutes (3^e éd. 1994).

(a) *The ordinary and natural meaning of the word "on"*

The appellants submit that the ordinary meaning of the word "on" embraces the concept of being adjacent to a thing. In fact, the *Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), defines the term as "supported by or attached to or covering or enclosing". In my opinion, however, while the expression "on" can, in some situations, mean "adjacent to" or "near", that is not its primary meaning. Its principal usage denotes a situation where one object or thing is over or supported by another, not beside or contiguous with it. In *Webster's Third New International Dictionary* (1986) the word "on" is defined as "1: in or into the position of being in contact with the upper surface of something or of being supported from beneath by the upper surface". Thus the word "on" used in the connection of "on the reserve", in its ordinary and natural meaning, signifies "within the reserve", not "adjacent to the reserve".

(b) *The context*

In order to arrive at the correct interpretation of statutory provisions, the words of the text must be read in context: see *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at p. 193, and Côté, *supra*, at p. 257.

The phrase "on the reserve" found within the *Indian Act* should receive the same construction wherever used throughout the *Indian Act*. This is consistent with the view of this Court in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385. In that decision, Cory J. at p. 400 stated that "[u]nless the contrary is clearly indicated by the context, a word should be given the same interpretation or meaning whenever it appears in an act". See also *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378.

When one examines other sections of the *Indian Act* where the expression "on the reserve" (or on a reserve) can be found, it is apparent that Parliament had only the intention of limiting the scope

a) *Le sens ordinaire et naturel du mot anglais «on»*

Les appelants soutiennent que, suivant son sens ordinaire, le mot anglais «on» veut dire aussi être adjacent à quelque chose. De fait, dans le *Concise Oxford Dictionary* (9^e éd. 1995), ce mot est défini ainsi: [TRADUCTION] «supporté par ou fixé à, couvrant ou entourant». Cependant, à mon avis, bien que le mot anglais «on» puisse, dans certaines situations, signifier «adjacent à» ou «près de», il ne s'agit pas de son sens premier. Ce mot est principalement utilisé pour indiquer qu'un objet se trouve par-dessus un autre ou est supporté par celui-ci, et non qu'il se trouve à côté de l'autre objet ou qu'il est adjacent à celui-ci. Dans le *Webster's Third New International Dictionary* (1986), le mot «on» est défini ainsi: [TRADUCTION] «1: qui repose sur la surface de quelque chose ou est supporté par cette surface». Ainsi, le mot «on» utilisé dans l'expression «on the reserve» signifie, suivant son sens ordinaire et naturel, «à l'intérieur de la réserve» et non «adjacent à la réserve».

b) *Le contexte*

Afin d'interpréter correctement les dispositions d'un texte de loi, il faut en examiner les mots en contexte: voir *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, à la p. 193, et Côté, *op. cit.*, à la p. 287.

L'expression «on the reserve» qui figure dans la *Loi sur les Indiens* devrait être interprétée de la même façon partout où elle y est utilisée. Ce principe est conforme au point de vue exprimé par notre Cour dans l'arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385. Dans cet arrêt, le juge Cory a déclaré, à la p. 400, qu'«à moins que le contexte ne s'y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et avoir le même sens tout au long d'un texte législatif». Voir aussi l'arrêt *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378.

Il ressort clairement de l'examen d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* où figure l'expression «on the reserve» (ou «on a reserve») que le législateur avait uniquement l'intention de

67

68

69

70

of a Band's power to within the boundaries of the reserve so that the meaning of "on" which accords with that intention should be adopted. The following sections of the *Indian Act* are particularly supportive in this respect:

4. . . .

(3) Sections 114 to 122 and, unless the Minister otherwise orders, sections 42 to 52 do not apply to or in respect of any Indian who does not ordinarily reside on a reserve or on lands belonging to Her Majesty in right of Canada or a province.

14. . . .

(3) The council of each band shall, forthwith on receiving a copy of the Band List under subsection (1), or a list of additions to and deletions from its Band List under subsection (2), post the copy or the list, as the case may be, in a conspicuous place on the reserve of the band.

30. A person who trespasses on a reserve is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding fifty dollars or to imprisonment for a term not exceeding one month or to both.

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely,

. . . .

(o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve;

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

. . . .

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve. [Emphasis added.]

restreindre le champ d'application des pouvoirs d'une bande aux limites de la réserve. En conséquence, c'est le sens du mot «on» qui est compatible avec cette intention qu'il faut retenir. Les dispositions suivantes de la *Loi sur les Indiens* appuient de façon particulière ce point de vue:

4. . . .

(3) Les articles 114 à 122 et, sauf si le ministre en ordonne autrement, les articles 42 à 52 ne s'appliquent à aucun Indien, ni à l'égard d'aucun Indien, ne résidant pas ordinairement dans une réserve [«on a reserve»] ou sur des terres qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

14. . . .

(3) Le conseil de chaque bande, dès qu'il reçoit copie de la liste de bande prévue au paragraphe (1) ou la liste des additions et des retranchements prévue au paragraphe (2), affiche la copie ou la liste, selon le cas, en un lieu bien en évidence sur la réserve [«on the reserve»] de la bande.

30. Quiconque pénètre, sans droit ni autorisation, dans une réserve [«on a reserve»] commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinquante dollars et un emprisonnement maximal d'un mois, ou l'une de ces peines.

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

. . . .

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve [«on the reserve»];

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

. . . .

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve [«on a reserve»]. [Je souligne.]

It seems that the term "on the reserve" found in other provisions of the *Indian Act* connotes a

Il semble que l'expression «on the reserve» utilisée dans d'autres dispositions de la *Loi sur les*

meaning of “inside” or “within”. An identical interpretation of the same word in s. 81(1)(o) would be the most consistent with other provisions of the *Indian Act*. Thus when the *Indian Act* is considered in its entirety, it is clear that Parliament never intended that a by-law passed by the Band Council should have an extra-territorial effect as the appellants’ argument involves.

Furthermore, an examination of the French text supports “on the reserve” as meaning in or within or inside the boundaries of the reserve. The general rule in that respect is that both versions of a statute must be read together to assess Parliament’s intention: see Côté, *supra*, at p. 275, and *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at p. 219. In this appeal, relying on both versions is to lend further weight to the presumption in favour of ordinary meaning: see *Driedger on the Construction of Statutes*, at p. 222, and *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, at pp. 415-16.

The French text of s. 81(1)(o) reads as follows:

81. (1) Le conseil d’une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l’une ou l’ensemble des fins suivantes:

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve; [Emphasis added.]

In the dictionary *Le Petit Robert 1* (1989), the word “dans” is defined as “dedans”, “à l’intérieur de”, “au milieu”, and “au sein”. The French version is incompatible with “adjacent à” or “près de”. Thus it seems that the French definition as well clearly conveys the idea that the term “on the reserve” means “within the reserve”.

Indiens évoque le sens de «dans», «à l’intérieur». Donner aux mêmes mots à l’al. 81(1)o un sens identique serait l’interprétation la plus compatible avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* où ils sont utilisés. En conséquence, l’examen de l’ensemble de la *Loi sur les Indiens* révèle clairement que le législateur fédéral n’a jamais eu l’intention qu’un règlement administratif pris par le conseil d’une bande ait une portée extraterritoriale, contrairement à ce qu’implique l’argument des appelants.

En outre, l’examen du texte français de la disposition en cause appuie la thèse que l’expression «on the reserve» signifie dans la réserve ou à l’intérieur des limites de celle-ci. La règle générale à cet égard est qu’il faut lire les deux versions d’une loi en corrélation pour dégager l’intention du législateur fédéral: voir Côté, *op. cit.*, à la p. 307, et *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, à la p. 219. Dans le présent pourvoi, le recours aux deux versions vient renforcer la présomption d’application du sens ordinaire: voir *Driedger on the Construction of Statutes*, à la p. 222 et l’arrêt *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, aux pp. 415 et 416.

Voici le texte français de l’al. 81(1)o:

81. (1) Le conseil d’une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l’une ou l’ensemble des fins suivantes:

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve [«on the reserve»]; [Je souligne.]

Dans le dictionnaire *Le Petit Robert 1* (1989), le mot «dans» est défini comme voulant dire «dedans», «à l’intérieur de», «au milieu» et «au sein». Le texte français de la disposition est incompatible avec les sens «adjacent à» ou «près de». En conséquence, il semble que la définition française communique également l’idée que l’expression anglaise «on the reserve» signifie «à l’intérieur de la réserve».

72

73

74

75 Therefore, a contextual analysis and an examination of the French version lead me to conclude that the words “on the reserve” cannot be understood as extending beyond the actual boundaries of a given reserve.

(c) *Purpose of the provision*

76 The appellants submit that a broad purposive construction of the phrase “on the reserve” is justified in that s. 81(1)(o) of the *Indian Act* is intended to provide Indians with the means by which the government of a reserve-based Indian community may regulate resources of vital importance, in this case the fishery. They further argue that the general goal of the *Indian Act* is to protect the sustaining practices of aboriginal persons, practices which inform a definition of their rights and identity as Indians. Therefore, s. 81(1)(o) and the by-law enacted pursuant to the Act should not be limited to the boundaries of a reserve but should expand to lands that include such a vital resource.

77 In my view, although their suggested interpretation goes further towards achieving Parliament’s objective of protecting and maintaining Indian rights, it is not an interpretation supported on the language or goal of the section.

78 If Parliament had intended to grant regulatory powers to Indian Band Councils beyond the limits of their reserves, it would have specifically provided for such powers. The interpretation proposed by the appellants would create numerous and difficult uncertainties which would not, in my view, have been the intention of Parliament. For example, in the present appeal, could Parliament’s intention have been to allow one Band to manage and control one part of the river and yet to permit the fishery in the remainder of the river to be managed and controlled by the ordinary regulations made under the *Fisheries Act*? Such a division of management powers is so replete with difficulties that most likely Parliament did not contemplate it.

L’analyse contextuelle et l’examen du texte français m’amènent donc à conclure que les mots «*on the reserve*» ne peuvent vouloir dire au-delà des limites concrètes d’une réserve donnée.

c) *Objet de la disposition*

Les appelants soutiennent qu’il est justifié de donner à l’expression «*on the reserve*» une interprétation large et fondée sur l’objet puisque l’al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens* vise à donner au gouvernement d’une collectivité indienne établie dans une réserve le moyen de réglementer des ressources d’une importance vitale, en l’espèce la pêche. Ils prétendent également que la *Loi sur les Indiens* a pour objet général de protéger les pratiques de subsistance des autochtones, pratiques qui contribuent à définir leurs droits et leur identité en tant qu’Indiens. En conséquence, l’al. 81(1)(o) et le règlement administratif pris en vertu de la *Loi* ne devraient pas s’appliquer uniquement à l’intérieur des limites d’une réserve, mais également aux terres qui incluent une telle ressource vitale.

À mon avis, bien que l’interprétation proposée par les appelants favorise encore plus la réalisation de l’objectif de protection et de maintien des droits des Indiens visé par le législateur fédéral, ni le texte de la disposition ni son objet n’appuient cette interprétation.

Si le législateur fédéral avait eu l’intention d’accorder aux conseils des bandes indiennes des pouvoirs de réglementation dont le champ d’application aurait dépassé les limites de leurs réserves, il l’aurait indiqué expressément. L’interprétation proposée par les appelants créerait des incertitudes nombreuses et complexes, ce qui, à mon avis, n’était pas l’intention du législateur fédéral. Par exemple, est-il possible que, dans le présent cas, le législateur fédéral ait eu l’intention d’autoriser une bande à régir une partie de la rivière, tout en permettant que, dans l’autre partie de la rivière, la pêche soit régie par les règlements ordinaires pris en application de la *Loi sur les pêches*? Un tel partage des pouvoirs de gestion soulève tellement de difficultés que le législateur fédéral ne l’a fort vraisemblablement pas envisagé.

An expansive interpretation of the by-law-making power would also create the problem of determining the “off reserve” reach of a by-law. For example, whose by-law is to govern when Band Councils on opposite sides of a river both pass by-laws? In addition to fish, s. 81(1)(o) deals with fur-bearing animals and other game which would also be affected by an expansive interpretation of the term “on the reserve”.

Based on the above analysis, I conclude that the phrase “on the reserve” in the context of s. 81(1)(o) should receive its ordinary and common sense meaning and be interpreted as “within the reserve” or “inside the reserve” or “located upon or within the boundaries of the reserve”. I believe it is clear that Parliament’s intention in enacting s. 81(1) as a whole and in particular para. (o) was to provide a mechanism by which Band Councils could assume management over certain activities within the territorial limits of their constituencies. These considerations, together with the fact that Squamish Indian Band By-law No. 10 defines “Squamish Indian Band waters” to be those which are “situate[d] upon or within the boundaries of Reserves”, lead me to conclude that Parliament never intended that such a fishing by-law, passed by the Band Council pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, should have an extra-territorial effect. Accordingly, it is the *Fisheries Act* and its Regulations, not the By-law, which apply to the Squamish River.

5. Conclusion and Disposition

The major issue in this appeal is whether the By-law in question extends to the Squamish River. I do not think it does for the following reasons. First, the extensive evidence presented before this Court clearly indicates that it was never the Crown’s intention to allocate exclusive fisheries, to anyone, in rivers adjacent to reserves. Second,

79 Une interprétation large du pouvoir de prendre des règlements administratifs créerait un autre problème, soit celui de déterminer la portée d’un tel règlement «à l’extérieur de la réserve». Par exemple, si des conseils de bandes vivant sur les rives opposées d’une rivière prenaient chacun un règlement administratif, lequel des deux règlements administratifs serait applicable? Outre le poisson, l’al. 81(1)o vise également les animaux à fourrure et le gibier de toute sorte, qui seraient également touchés par une interprétation large de l’expression «on the reserve».

80 Sur le fondement de l’analyse qui précède, je conclus que, dans le contexte de l’al. 81(1)o, il faut donner à l’expression «on the reserve» son sens ordinaire et l’interpréter comme voulant dire «à l’intérieur de la réserve», «dans la réserve» ou «se trouvant dans la réserve ou à l’intérieur des limites de celle-ci». À mon avis, il est clair que, lorsqu’il a édicté l’ensemble du par. 81(1) et tout particulièrement son al. o), le législateur visait à établir un mécanisme permettant aux conseils de bande de prendre en charge certaines activités à l’intérieur des limites de leurs territoires. Conjugées au fait que le règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish définit l’expression [TRADUCTION] «eaux de la Bande indienne de Squamish» comme étant les eaux «situées dans les réserves [. . .] ou à l’intérieur des limites de ces réserves», ces considérations m’amènent à conclure que le législateur fédéral n’a jamais eu l’intention qu’un tel règlement administratif de pêche, pris par le conseil de bande en application de l’al. 81(1)o de la *Loi sur les Indiens*, ait une portée extraterritoriale. En conséquence, c’est la *Loi sur les pêches* et son règlement d’application, et non le règlement administratif, qui s’appliquent à la rivière Squamish.

5. Conclusion et dispositif

81 En l’espèce, la principale question en litige est de déterminer si le règlement administratif en cause s’applique à la rivière Squamish. J’estime que non et ce pour les motifs qui suivent. Premièrement, l’abondante preuve qui a été présentée à la Cour indique clairement que la Couronne n’a jamais eu l’intention d’attribuer à qui que ce soit

the middle thread of the Squamish River cannot be included within the Reserve by the operation of the *ad medium filum aquae* presumption. Finally, a correct interpretation of s. 81(1)(o) of the *Indian Act* allows the by-law to be applied only within the actual reserve boundaries and therefore it does not extend to the River.

82

Based on the foregoing reasons, I would dismiss the appeal on the basis that By-law No. 10, enacted by the Squamish Band Council pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, does not apply to the fishery in the Squamish River at the Cheakamus Reserve. Therefore, By-law No. 10 cannot constitute a complete defence to the charges against the appellants pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* passed under the *Fisheries Act* as it does not have any force or effect beyond the boundaries of the Cheakamus Reserve. Accordingly, the decision of the British Columbia Court of Appeal is upheld and the convictions on the charges of illegal fishing contrary to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act* are maintained.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: Parlee McLaws, Calgary.

Solicitors for the intervener the Alliance of Tribal Councils: Mandell Pinder, Vancouver.

des pêcheries exclusives dans les rivières adjacentes aux réserves. Deuxièmement, les eaux jusqu'à la ligne médiane de la rivière Squamish ne peuvent être intégrées à la réserve par l'effet de la présomption *ad medium filum aquae*. Enfin, lorsqu'on interprète correctement l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, le règlement administratif ne peut être appliqué qu'à l'intérieur des limites concrètes de la réserve, et il ne vise donc pas la rivière.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sur le fondement que le règlement administratif n° 10, pris par le conseil de la Bande de Squamish en vertu de l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, ne s'applique pas à la pêche dans la rivière Squamish, à la hauteur de la réserve de Cheakamus. En conséquence, le règlement administratif n° 10 ne peut constituer une défense absolue à l'égard des accusations portées contre les appelants en application du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, qui a été pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, car il ne produit pas d'effets au-delà des limites de la réserve de Cheakamus. Par conséquent, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est confirmé et les déclarations de culpabilité prononcées à l'égard des accusations d'avoir pêché illégalement, en contravention du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* et de la *Loi sur les pêcheries*, sont maintenues.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller, Pearlman, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Parlee McLaws, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance of Tribal Councils: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the interveners the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian National Railway Company: Ladner Downs, Vancouver.

Procureurs des intervenantes BC Fisheries Survival Coalition et BC Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Ladner Downs, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1996 Vol. 1

and Tables

Cited as [1996] 1 S.C.R. { i-xliii
963-1089

6^e cahier, 1996 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1996] 1 R.C.S. { i-xliii
963-1089

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xi
Table of Cases Cited.....	xix
Statutes and Regulations Cited.....	xxxv
Authors Cited.....	xxxix
Index.....	1077

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xix
Lois et règlements cités.....	xxxvii
Doctrine citée.....	xxxix
Index.....	1083

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.; Toronto-Dominion Bank v. M.N.R...... 963

Taxation — Income tax — Goods and Services Tax — Garnishment — Income tax and GST legislation providing for garnishment enabling Minister of National Revenue to intercept monies owed to tax debtors — Whether provisions give Minister priority over creditors who have received general assignment of book debts from tax debtor — Meaning of "secured creditor" — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 224(1.2), (1.3) — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 317(3), (4).

Bankruptcy — Priorities — General assignments of book debts — Income tax and GST legislation providing for garnishment enabling Minister of National Revenue to intercept monies owed to tax debtors — Whether provisions give Minister priority over creditors who have received general assignment of book debts from tax debtor.

R. v. Laporte..... 1074

Criminal law — Second degree murder — Court of Appeal quashing conviction and ordering new trial — Court of Appeal's judgment affirmed.

R. v. McConnell..... 1075

Criminal law — Murder and manslaughter — Self-defence and defence of others — Verbal threat made to inmate — Apprehension of death or grievous bodily harm — Inmate enlisting help of another — Whether apprehension must be immediate — Whether trial judge failed to instruct jury on defence of another.

R. v. Nikal..... 1013

Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Appellant charged with fishing without a licence — Whether licensing scheme infringing appellant's aboriginal rights and therefore not applying to him — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 4(1).

SOMMAIRE (Fin)

Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N...... 963

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Taxe sur les produits et services — Saisie-arrêt — Lois relatives à l'impôt sur le revenu et à la TPS prescrivant une procédure de saisie-arrêt permettant au ministre du Revenu national d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux — Les dispositions en cause confèrent-elles au Ministre la priorité de rang sur les créanciers ayant obtenu d'un débiteur fiscal une cession générale de créances comptables? — Sens de l'expression «créancier garanti» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 224(1.2), (1.3) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 317(3), (4).

Faillite — Priorités — Cession générale de créances comptables — Lois relatives à l'impôt sur le revenu et à la TPS prescrivant une procédure de saisie-arrêt permettant au ministre du Revenu national d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux — Les dispositions en cause confèrent-elles au Ministre la priorité de rang sur les créanciers ayant obtenu d'un débiteur fiscal une cession générale de créances comptables?

R. c. Laporte..... 1074

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Verdict de culpabilité cassé par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

R. c. McConnell..... 1075

Droit criminel — Meurtre et homicide involontaire coupable — Légitime défense et défense d'autrui — Menace verbale proférée contre un détenu — Crainte de mourir ou de subir des lésions corporelles graves — Détenu s'assurant l'aide d'autrui — La crainte doit-elle être immédiate? — Le juge du procès a-t-il omis de donner au jury des directives sur la défense d'autrui?

R. c. Nikal..... 1013

Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Appellant accusé d'avoir pêché sans permis — Le régime de délivrance de permis viole-t-il les droits ancestraux de l'appellant et est-il par conséquent inapplicable à ce dernier? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-britannique, DORS/84-248, art. 4(1).



1996 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau
Christian C.-Després

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Office Manager
Suzanne Giguère

Editorial Assistant
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau
Christian C.-Després

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Chef de bureau
Suzanne Giguère

Adjointe à l'édition
Ingrid Loyola-Nazareth

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

- [1990] 2 S.C.R. p. 143, line *h-2* of the French version.
Read “les Indiens la préféreraient” instead of “les Indiens la préférerait”.
- [1993] 1 S.C.R. p. 585, line *d-4* of the French version.
Read “aux parties et a une incidence directe” instead of “aux parties et qui a une incidence directe”.
- [1994] 2 S.C.R. p. 728, line *d-1* of the French version.
Read “mis à part les taxes” instead of “mis-à-part les taxes”.
- [1994] 2 S.C.R. p. 728, line *d-3* of the French version.
Read “dans le paragraphe précédent” instead of “dans le paragraphe précédant”.
- [1995] 4 S.C.R. p. 408, para. 123, line 5 of the English version. Read “by agreement for sale or by deed after” instead of “by agreement for sale after”.
- [1995] 4 S.C.R. p. 408, para. 123, line 7 of the French version. Read “par conventions ou actes de vente” instead of “par actes de vente”.
- [1995] 4 S.C.R. p. 461, para. 69, lines 14 to 18 of the French version. Read “qui tiennent compte des pré-occupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l’équité envers les individus, les intérêts de la société et l’intégrité du système judiciaire”.
- [1990] 2 R.C.S. p. 143, ligne *h-2* de la version française.
Lire «les Indiens la préféreraient» au lieu de «les Indiens la préférerait».
- [1993] 1 R.C.S. p. 585, ligne *d-4* de la version française.
Lire «aux parties et a une incidence directe» au lieu de «aux parties et qui a une incidence directe».
- [1994] 2 R.C.S. p. 728, ligne *d-1* de la version française.
Lire «mis à part les taxes» au lieu de «mis-à-part les taxes».
- [1994] 2 R.C.S. p. 728, ligne *d-3* de la version française.
Lire «dans le paragraphe précédent» au lieu de «dans le paragraphe précédant».
- [1995] 4 R.C.S. p. 408, par. 123, ligne 5 de la version anglaise. Lire «by agreement for sale or by deed after» au lieu de «by agreement for sale after».
- [1995] 4 R.C.S. p. 408, par. 123, ligne 7 de la version française. Lire «par conventions ou actes de vente» au lieu de «par actes de vente».
- [1995] 4 R.C.S. p. 461, par. 69, lignes 14 à 18 de la version française. Lire «qui tiennent compte des pré-occupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l’équité envers les individus, les intérêts de la société et l’intégrité du système judiciaire.»

MOTIONS—REQUÊTES

(January 1 to April 30, 1996 — 1^{er} janvier au 30 avril 1996)

- Air Canada v. Liquor Control Board of Ontario* (Ont.), 24851, leave to appeal granted, 3.4.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Alberta Union of Provincial Employees v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 24794, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Alcorn v. Solomon* (Ont.), 24920, leave to appeal refused with costs, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Austin v. The Queen* (Alta.), 24832, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Banque nationale du Canada c. Desrosiers* (N.-B.), 25242, notice of discontinuance filed, 23.4.96, avis de désistement produit.
- Barrons v. Hyundai Auto Canada Inc.* (Ont.), 24833, leave to appeal refused with costs, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barry v. Bezanson* (N.S.), 24940, leave to appeal refused with costs, 14.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Oy* (C.A.F.)(Qué.), 24887, leave to appeal refused with costs, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bernier c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24912, leave to appeal refused, 25.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Bjorge v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24976, leave to appeal refused, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- British Columbia Rugby Union v. Hamstra* (B.C.), 24743, leave to appeal granted, 3.4.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Brown v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24892, leave to appeal refused, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Calverley v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25034, leave to appeal refused, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Bank of British Columbia* (B.C.), 24934, leave to appeal refused with costs, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Lawyers Insurance Association v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 24925, leave to appeal refused with costs, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian National Railway Co. v. Burlington Northern Railroad Co.* (B.C.), 24857, leave to appeal granted, 7.3.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian National Railway Co. v. National Transportation Agency* (F.C.A.)(Ont.), 24919, leave to appeal refused, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Candy v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24902, leave to appeal refused, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.* (B.C.), 24991, leave to appeal refused with costs, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. A.V.* (Ont.), 24961, leave to appeal refused, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Chandran v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24947, leave to appeal refused, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée.

- City of Prince George v. A.L. Sims & Sons Ltd.* (B.C.), 24966, leave to appeal refused with costs, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Club juridique c. Dufour* (Qué.), 24937, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cochrane v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24643, notice of discontinuance filed, 6.3.96, avis de désistement produit.
- Coopers & Lybrand c. Stikeman Elliott* (Qué.), 24910, leave to appeal refused with costs, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Mississauga v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 24774, leave to appeal refused with costs, 25.1.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of York v. Superior Propane Inc.* (Ont.), 24793, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cruz v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25141, leave to appeal refused, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Cuenca c. Procureur général du Canada* (Crim.)(Qué.), 24909, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- D.D.W. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24834, leave to appeal refused, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Debra P. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24823, case remanded to the court of original jurisdiction, 7.3.96, affaire renvoyée à la cour de première instance.
- De Francesca v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24767, leave to appeal refused, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Dempsey v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24888, leave to appeal refused, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Derksen Brothers Holdings Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Man.), 24765, leave to appeal refused with costs, 1.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur de la protection de la jeunesse c. M.D.* (Qué.), 24953, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Docouto v. The Queen* (Ont.), 25163, notice of discontinuance filed, 30.4.96, avis de désistement produit.
- Dubasz v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24874, leave to appeal refused, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Elguindy v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24736, leave to appeal refused, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Elguindy v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24790, leave to appeal refused, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Elliott v. Canadian Broadcasting Corporation* (Ont.), 24895, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eneas v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24086, leave to appeal refused, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Entreprise Maridey Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24536, leave to appeal refused with costs, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Esmail v. Petro-Canada* (F.C.A.)(Ont.), 25095, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Farber c. Royal Trust Co.* (Qué.), 24885, leave to appeal granted, 7.3.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Fiji v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 24923, leave to appeal refused with costs, 14.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fillmore v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24871, leave to appeal refused with costs, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fitzpatrick v. The Queen* (N.S.), 24958, notice of discontinuance filed, 11.1.96, avis de désistement produit.
- Forseth v. Attorney General for British Columbia* (Crim.)(B.C.), 24927, leave to appeal refused, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée.

- Foster c. Procureur général de la province de Québec* (Qué.), 24858, leave to appeal refused with costs, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fountain v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24716, leave to appeal refused, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Fraser v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25027, leave to appeal refused, 18.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Fraternité des préposés à l'entretien des voies c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 24868, leave to appeal refused with costs, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Freeman v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25154, leave to appeal refused, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- G & W Electric Ltd. c. Commission Hydro-Électrique du Québec (Hydro-Québec)*, (Qué.), 24996, leave to appeal refused with costs, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gagné v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25132, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Giles v. Giles* (Alta.), 25002, leave to appeal refused, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Grant v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24890, leave to appeal refused with costs, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grover v. Grover* (Sask.), 25018, leave to appeal refused with costs, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hatton v. Dagneault* (B.C.), 24799, leave to appeal refused with costs, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hawrish v. Saskatchewan Trust Co.* (Sask.), 24884, leave to appeal refused with costs, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hayes v. Hayes* (N.B.), 24876, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young* (Man.), 24882, leave to appeal granted, 7.3.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Hill v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 24782, leave to appeal granted, 3.4.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Imperial Oil Ltd. v. Superintendent of Pensions for the Province of Nova Scotia* (N.S.), 24859, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Manitoba Public Insurance Corporation* (B.C.), 24935, leave to appeal refused with costs, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24862, leave to appeal granted, 3.4.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Judges of the Provincial Court of Manitoba as represented by the Manitoba Provincial Judges Association v. The Queen in right of the Province of Manitoba* (Man.), 24846, leave to appeal granted, 8.2.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Kartsonas v. Grey* (B.C.), 24825, leave to appeal refused with costs, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kathleen H. v. Ross* (Crim.)(Ont.), 24823, case remanded to the court of original jurisdiction, 7.3.96, affaire renvoyée à la cour de première instance.
- Katz v. Vancouver Stock Exchange* (B.C.), 25014, leave to appeal granted, 3.4.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Kosanovich v. Byers Transport Ltd.* (F.C.A.)(Alta.), 24944, leave to appeal refused with costs to Byers Transport Ltd., 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens à Byers Transport Ltée.
- Kostiuk v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25052, leave to appeal refused, 14.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Lacey v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 24800, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Lareau c. Productions mise en scène Ltée* (Qué.), 24841, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Lasecki v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24983, leave to appeal refused, 14.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Latimer v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24818, leave to appeal granted, 8.2.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Ledinski v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25051, notice of discontinuance filed, 13.2.96, avis de désistement produit.
- Leiriao c. Ville de Val-Bélair* (Qué.), 24967, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Léonard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24992, leave to appeal refused, 18.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Liquor Depot at Callingwood Ltd. v. City of Edmonton* (Alta.), 24914, leave to appeal refused with costs, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lo v. The Queen* (B.C.), 24928, leave to appeal refused, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Loken v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(B.C.), 24853, leave to appeal refused with costs, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lowther v. The Queen* (P.E.I.), 24735, leave to appeal granted, 8.2.96, autorisation de pourvoi accordée.
- M.S. v. Members of the National Parole Board* (Crim.)(B.C.), 25004, leave to appeal refused, 25.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- MacMillan Bloedel Ltd. v. The Queen in right of the Province of British Columbia* (B.C.), 24987, leave to appeal refused with costs, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manning v. Corporation of Delta* (B.C.), 24789, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McDonnell v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24814, leave to appeal granted, 8.2.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Momeni v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24900, notice of discontinuance filed, 11.1.96, avis de désistement produit.
- Morin v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24894, notice of discontinuance filed, 29.2.96, avis de désistement produit.
- Multitech Warehouse (Manitoba) Direct Inc. v. The Queen* (Crim.)(Man.), 24950, leave to appeal refused, 1.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Myers v. Myers* (B.C.), 25044, leave to appeal refused with costs, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Naredo v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 24820, leave to appeal refused, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Nassar v. College of Physicians and Surgeons of Manitoba* (Man.), 24893, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O.E.X. Electromagnetic Inc. v. Coopers & Lybrand* (B.C.), 24886, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Connor v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24952, leave to appeal refused, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Oduneye v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25000, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Olson v. The Queen in right of Canada* (Crim.)(Sask.), 25005, leave to appeal refused, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Oriel v. Marks* (Ont.), 24977, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Orrico v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25096, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Paquette c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25135, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Patenaude c. Procureur général du Québec* (Qué.), 25019, leave to appeal refused, 18.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Patterson v. Chrastina* (Ont.), 24864, leave to appeal refused with costs, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paul v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25134, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.

- Pocklington v. Gainers Inc.* (Alta.), 24856, leave to appeal refused with costs, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Purolator Courier Ltd. v. Meditek Laboratory Services Ltd.* (Man.), 24903, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quewezance v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25021, leave to appeal refused, 18.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Campbell* (Crim.)(Alta.), 24831, leave to appeal granted, 8.2.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Carlile* (F.C.A.)(Ont.), 24955, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Fibreco Pulp Inc.* (F.C.A.)(B.C.), 24918, leave to appeal refused with costs, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Haché* (Crim.)(Ont.), 25048, leave to appeal refused, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Halliday* (Crim.)(Ont.), 24907, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. McCormack* (Crim.)(Ont.), 24873, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Patoine* (Crim.)(Qué.), 24867, leave to appeal refused, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Sadek* (Crim.)(Qué.), 24979, leave to appeal refused, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Spellacy* (Crim.)(Nfld.), 24837, leave to appeal refused, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Tricker* (Crim.)(Ont.), 24592, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of the Province of British Columbia v. Sylvester* (B.C.), 24891, leave to appeal granted, 3.4.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Rarru v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24881, leave to appeal refused, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Rarru v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24865, leave to appeal refused, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Reed v. Attorney General of British Columbia* (Crim.)(B.C.), 24982, leave to appeal refused, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- S.G.G. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24939, leave to appeal granted, 3.4.96, autorisation de pourvoi accordée.
- S.M.S. v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 24821, leave to appeal refused, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Sahrman v. Otto* (B.C.), 25017, leave to appeal refused with costs, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Samson c. Addy* (C.A.F.)(Qué.), 24880, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Santos v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25007, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Saskatoon Board of Police Commissioners v. Saskatoon City Police Association* (Sask.), 24869, leave to appeal refused with costs, 15.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Scamolla v. Tenax Ltd.* (Ont.), 24828, leave to appeal refused, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Selkirk Springs International Corporation v. Sawridge Manor Ltd.* (B.C.), 24970, notice of discontinuance filed, 22.3.96, avis de désistement produit.
- Sevillano v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24812, leave to appeal refused, 11.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Sexual Assault Crisis Centre of Essex County Inc. v. L.G.* (Crim.)(Ont.), 24648, leave to appeal refused, 25.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Shalala v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 25088, notice of discontinuance filed, 20.2.96, avis de désistement produit.
- Sherman v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25008, leave to appeal refused, 14.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Silbernagel v. Canadian Stevedoring Co.* (B.C.), 24948, leave to appeal refused, 25.4.96, autorisation de pourvoi refusée.

- Snyder c. Racine et Chamberland Inc.* (Qué.), 24945, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sobhi v. Landmark of Thornhill Ltd.* (Ont.), 24901, leave to appeal refused, 25.1.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Southam Inc. v. Director of Investigation and Research (F.C.A.)*(Ont.), 24915, leave to appeal granted, 8.2.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Steel v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24985, leave to appeal refused, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Stelco Inc. v. Superintendent of Pensions for Ontario* (Ont.), 24984, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des professeurs de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Dupont* (Qué.), 24911, leave to appeal refused with costs, 14.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taillefer c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24898, leave to appeal refused, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Télé-Métropole International Inc. c. Banque mercantile du Canada* (Qué.), 24848, leave to appeal and leave to cross-appeal are dismissed, 8.2.96, autorisation d'appel et autorisation d'appel-incident sont rejetées.
- Town of St. Andrews v. Hospitality Investments Ltd.* (N.B.), 24830, leave to appeal granted, 7.3.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Trabulsey v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24854, leave to appeal refused, 28.3.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Tremblay (Henri Ulysse) c. Caisse populaire de Taschereau* (Qué.), 24921, leave to appeal refused, 21.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Tremblay (Robert) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24922, leave to appeal refused, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Turf Masters Landscaping Ltd. v. City of Dartmouth* (N.S.), 24842, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turnbull v. Canadian Institute of Actuaries* (Man.), 25059, leave to appeal refused with costs, 1.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ulvestad v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24661, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Upper Lakes Group Inc. c. National Transportation Agency (C.A.F.)*(Qué.), 24849, leave to appeal refused with costs, 21.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Brossard c. Malo* (Qué.), 24899, leave to appeal refused with costs, 1.2.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Verdun c. Doré* (Qué.), 24860, leave to appeal granted, 7.3.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Waddington v. Murphy* (Ont.), 24861, leave to appeal refused with costs, 3.4.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Watson v. Woodgate* (B.C.), 24771, leave to appeal refused, 8.2.96, autorisation de pourvoi refusée.
- White v. Equitable Life Insurance Co. of Canada* (Ont.), 24850, leave to appeal refused with costs, 7.3.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ziprick v. Simpson* (B.C.), 24805, leave to appeal granted, 8.2.96, autorisation de pourvoi accordée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		D	
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	963	D. (J.L.) v. Vallée.....	893
Attis v. Board of School Trustees, District No. 15	825	Dewald, R. v.....	68
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Dubois, Coopérants, Mutual Life Insurance Soci- ety (Liquidator of) v.....	900
Austin, R. v.	72	Dubois v. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.	900
B		E	
Badger, R. v.	771	Edwards, R. v.	128
Beaudry, Martin v.	898	Evans, R. v.	8
Burke, R. v.	474		
C		F	
Calder, R. v.	660	Fitt, R. v.	70
Canada (Clerk of the Privy Council), Rubin v....	6		
Canada (Labour Relations Board), Royal Oak Mines Inc. v.	369	G	
Canada (Minister of Justice) v. Jamieson	465	Gagnon, R. v.	185
Canada (Minister of Justice) v. Leon.....	888	Gould v. Yukon Order of Pioneers.....	571
Canada (National Parole Board), Martin v.	898		
Canada (National Parole Board), Mooring v.....	75	H	
Canada, Schwartz v.....	254	Helo Enterprises Ltd. v. Standard Trust Co. (Liq- uidators of).....	183
Canada, Swantje v.....	73		
Canada, Tennant v.....	305	J	
Canadian Jewis Congress v. Board of School Trustees, District No. 15.....	825	J.L.D. v. Vallée.....	893
Chablis Textiles Inc. (Trustee of) v. London Life Insurance Co.	160	Jamieson, Canada (Minister of Justice) v.....	465
Commission see also "Canada" or the name of province		Jamieson, United States of America v.....	465
Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liq- uidator of) v. Dubois	900		

	PAGE		PAGE
K		Q	
Keegstra, R. v.....	458	Queen see also "R."	
Kouyas, R. v.....	70		
L		R	
Laporte, R. v.....	1074	R. v. Austin	72
Lemky, R. v.....	757	R. v. Badger	771
Leon, United States of America v.....	888	R. v. Burke	474
Lewis, R. v.	921	R. v. Calder	660
London Life Insurance Co., Chablis Textiles Inc. (Trustee of) v.	160	R. v. Dewald.....	68
		R. v. Edwards.....	128
		R. v. Evans	8
		R. v. Fitt	70
		R. v. Gagnon	185
		R. v. Keegstra.....	458
		R. v. Kouyas.....	70
		R. v. Laporte.....	1074
		R. v. Lemky.....	757
		R. v. Lewis	921
		R. v. M. (C.A.).....	500
		R. v. Majid	472
		R. v. Marinaro	462
		R. v. Martin	463
		R. v. McConnell.....	1075
		R. v. McMaster.....	740
		R. v. Nikal	1013
		R. v. Richard	896
		R. v. Robinson.....	683
		R. v. Thibert	37
		R. v. V.d.A. (A.F.).....	471
		Reference re Amendments to the Residential Ten- ancies Act (N.S.).....	186
		Richard, R. v.	896
		Robinson, R. v.....	683
		Ross, United States of America v.	469
		Ross v. New Brunswick School District No. 15	825
		Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.	325
		Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Rela- tions Board).....	369
		Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)....	6
M		S	
M. (C.A.), R. v.....	500	Schwartz v. Canada.....	254
Majid, R. v.	472	Standard Trust Co. (Liquidators of), Helo Enter- prises Ltd. v.	183
Marinaro, R. v.	462		
Martin, R. v.	463		
Martin v. Beaudry	898		
Martin v. Canada (National Parole Board).....	898		
McConnell, R. v.	1075		
McMaster, R. v.....	740		
Minister see also "Canada" or the name of prov- ince			
M.N.R., Alberta (Treasury Branches) v.	963		
M.N.R., Tennant v.....	305		
M.N.R., Toronto-Dominion Bank v.	963		
Mooring v. Canada (National Parole Board).....	75		
N			
New Brunswick (Human Rights Commission) v. Board of School Trustees, District No. 15	825		
New Brunswick School District No. 15, Ross v.	825		
Nikal, R. v.	1013		
North American Life Assurance Co., Royal Bank of Canada v.....	325		
O			
Office see also "Canada" or the name of province			

	PAGE		PAGE
St. Marys Paper Inc. (Re).....	3	United States of America v. Whitley.....	467
Swantje v. Canada.....	73		
T			
Tennant, Canada v.....	305	V.d.A. (A.F.), R. v.....	471
Tennant v. M.N.R.....	305	Vallée, D. (J.L.) v.....	893
The Queen see also "R."			
Thibert, R. v.	37	W	
Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.	963	Whitley, United States of America v.....	467
U			
Union see also under abbreviated name		Y	
United States of America v. Jamieson.....	465	Yukon (Human Rights Commission) v. Yukon	
United States of America v. Leon.....	888	Order of Pioneers.....	571
United States of America v. Ross.....	469	Yukon Order of Pioneers, Gould v.....	571

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique
«Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.	963	Congrès juif canadien c. Conseil scolaire du district n° 15	825
Attis c. Conseil scolaire du district n° 15	825	Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau Brunswick, Ross. c.	825
Austin, R. c.	72	Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois	900
B		D	
Badger, R. c.	771	D. (J.L.) c. Vallée	893
Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance vie	325	Dewald, R. c.	68
Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.	963	Dubois, Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c.	900
Beaudry, Martin c.	898	Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.	900
Burke, R. c.	474	E	
C			
Calder, R. c.	660	Edwards, R. c.	128
Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles), Martin c.	898	États-Unis d'Amérique c. Jamieson	465
Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles), Mooring c.	75	États-Unis d'Amérique c. Leon	888
Canada (Conseil des relations du travail), Royal Oak Mines Inc. c.	369	États-Unis d'Amérique c. Ross	469
Canada (Greffier du Conseil privé), Rubin c.	6	États-Unis d'Amérique c. Whitley	467
Canada (Ministre de la Justice), Jamieson c.	465	Evans, R. c.	8
Canada (Ministre de la Justice), Leon c.	888	F	
Canada, Schwartz c.	254	Fitt, R. c.	70
Canada, Swantje c.	73	G	
Canada, Tennant c.	305	Gagnon, R. c.	185
Chablis Textiles Inc. (Syndic de) c. London Life Insurance Co. c.	160	Gould c. Yukon Order of Pioneers	571
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province			

	PAGE		PAGE
H		N	
Helo Enterprises Ltd. c. Standard Trust Co. (Liquidatrice de).....	183	Nikal, R. c.	1013
J		Nord-Américaine, cie d'assurance-vie, Banque Royale du Canada c.....	325
J.L.D. c. Vallée.....	893	Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Conseil scolaire du district n° 15.....	825
Jamieson, Canada (Ministère de la Justice) c.....	465	O	
Jamieson, États-Unis d'Amérique c.	465	Office voir aussi «Canada» ou nom de la province	
K		P	
Keegstra, R. c.	458	Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Kouyas, R. c.	70	R	
L		Reine voir aussi «R.»	
Laporte, R. c.	1074	R. c. Austin.....	72
La Reine voir aussi «R.»		R. c. Badger.....	771
Lemky, R. c.	757	R. c. Burke	474
Leon, États-Unis d'Amérique c.	888	R. c. Calder.....	660
Lewis, R. c.	921	R. c. Dewald.....	68
London Life Insurance Co., Chablis Textiles Inc. (Syndic de) c.	160	R. c. Edwards	128
M		R. c. Evans	8
M. (C.A.), R. c.	500	R. c. Fitt.....	70
Majid, R. c.	472	R. c. Gagnon.....	185
Marinero, R. c.	462	R. c. Keegstra	458
Martin c. Beaudry	898	R. c. Kouyas	70
Martin c. Canada (Commission nationale des libé- rations conditionnelles).....	898	R. c. Laporte.....	1074
Martin, R. c.	463	R. c. Lemky.....	757
McConnell, R. c.	1075	R. c. Lewis	921
McMaster, R. c.	740	R. c. M. (C.A.).....	500
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la pro- vince		R. c. Majid.....	472
M.R.N., Alberta (Treasury Branches) c.	963	R. c. Marinero	462
M.R.N., Banque Toronto-Dominion c.....	963	R. c. Martin	463
M.R.N., Tennant c.	305	R. c. McConnell	1075
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles).....	75	R. c. McMaster.....	740
		R. c. Nikal.....	1013
		R. c. Richard.....	896
		R. c. Robinson.....	683
		R. c. Thibert	37
		R. c. V.d.A. (A.F.).....	471

	PAGE		PAGE
T			
Renvoi relatif à certaines modifications à la <i>Residential Tenancies Act</i> (N.-É.)	186		
Richard, R. c.	896	Tennant c. Canada	305
Robinson, R. c.	683	Tennant c. M.R.N.	305
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	825	Thibert, R. c.	37
Ross, États-Unis d'Amérique c.	469	V	
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	369	V.d.A. (A.F.), R. c.	471
Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé).....	6	Vallée, D. (J.L.) c.	893
S			
W			
Schwartz c. Canada	254	Whitley, États-Unis d'Amérique c.	467
St. Marys Paper Inc. (Re)	3	Y	
Standard Trust Co. (Liquidators of), Helo Enterprises Ltd. c.	183	Yukon (Commission des droits de la personne) c. Yukon Order of Pioneers	571
Swantje c. Canada	73	Yukon Order of Pioneers, Gould c.	571
Syndicat voir aussi sous nom abrégé			

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	1068
Air Canada c. Colombie-Britannique.....	[1989] 1 R.C.S. 1161.....	1068
Abbotsford School District 34 Board of School Trustees v. Shewan	(1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93.....	858
Alaska Pacific Fisheries v. United States.....	248 U.S. 78 (1918).....	949
Alberta Treasury Branches v. Guimond.....	(1987), 70 C.B.R. (N.S.) 125.....	341
Alderman v. United States.....	394 U.S. 165 (1969).....	140
Alward v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 559.....	697
Anvari c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	(1991), 14 C.H.R.R. D/292.....	606
Anvari v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	(1991), 14 C.H.R.R. D/292.....	606
Asselin v. Industries Abex Ltée.....	(1985), 22 D.L.R. (4th) 212.....	214
Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada.....	[1914] A.C. 153.....	932
Attorney General of Canada v. Royal Bank of Canada.....	[1979] 1 W.W.R. 479.....	997
Attorney-General of Nova Scotia and Gillis, Re.....	(1980), 111 D.L.R. (3d) 349.....	240
Attorney General of Quebec v. Grondin.....	[1983] 2 S.C.R. 364.....	202, 232
B		
B.C. Family Relations Act, Re.....	[1982] 1 S.C.R. 62.....	98, 120, 209, 529
B.C. Motor Vehicle Act, Re.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	98, 120, 529
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.....	[1995] 1 S.C.R. 315.....	868
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1995] 4 R.C.S. 344.....	949
Bank of Montreal v. Baird.....	(1979), 33 C.B.R. (N.S.) 256.....	981
Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 R.C.S. 1061.....	987
Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce.....	[1984] 1 R.C.S. 269.....	403, 440
Banque Royale du Canada c. R.	(1984), 52 C.B.R.(N.S.) 198.....	995
Banque Toronto-Dominion c. Ministre du Revenu national.....	(1990), 39 F.T.R. 102.....	1003
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	278

NAME OF CASE INITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Beck v. Minister of National Revenue	80 D.T.C. 1747	271
Bedder v. Director of Public Prosecutions.....	[1954] 1 W.L.R. 1119	45
Berg v. Parker Pacific Equipment Sales	[1991] 1 C.T.C. 442	989
Berry v. British Transport Commission	[1962] 1 Q.B. 306.....	569
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)	[1995] 4 S.C.R. 344.....	949
Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club	481 U.S. 537 (1987)	610, 649
Bonavista (Town) v. Atlantic Technologists Ltd.	(1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 19	981
Bondu v. N.N. Compagnie d'assurance-vie du Canada	[1994] R.R.A. 745	181
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342.....	4
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	4
Bozanich, Re	[1942] S.C.R. 130	341
Bradley v. The Queen	[1956] S.C.R. 723	696
Brault v. Langlois.....	[1954] B.R. 41	917
Brewster Transport Co.	(1986), 66 di 1.....	409, 452
British Columbia Telephone Co.	(1977), 24 di 164.....	446
Bronfman Trust v. The Queen.....	[1987] 1 S.C.R. 32.....	295, 310
Brooks v. Pavlick	[1964] S.C.R. 108	214
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 S.C.R. 279.....	621, 653
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 R.C.S. 279.....	621, 653
Brown v. Board of Education of Topeka.....	347 U.S. 483 (1954).....	873
Burke and Arab, Re	(1981), 130 D.L.R. (3d) 38.....	194, 240

C

CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983.....	629
Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu.....	[1990] 2 S.C.R. 995.....	175
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	794
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	794
Camgoz (Trustee of) v. Sun Life Assurance Co. of Canada	(1988), 70 C.B.R. (N.S.) 131	341
Canada c. Banque Nationale du Canada	[1993] 2 C.F. 206	987
Canada v. Antosko	[1994] 2 S.C.R. 312.....	295
Canada v. Fries.....	[1990] 2 S.C.R. 1322.....	292, 302
Canada v. National Bank of Canada.....	[1993] 2 F.C. 206	987
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	585, 600, 628, 846
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941.....	393, 628
Canada (Attorney General) v. Rosin.....	[1991] 1 F.C. 391	602, 637
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	879
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	879
Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association	[1983] 1 S.C.R. 245.....	401
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941.....	393, 628
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	585, 600, 628, 846
Canada (Procureur général) c. Rosin	[1991] 1 C.F. 391	602, 637

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1957] S.C.R. 717	16
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157.....	401, 439, 629
Canadian Exploration Ltd. v. Rotter	[1961] S.C.R. 15	932
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Meltzer.....	(1991), 6 C.B.R. (3d) 1	352
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	636
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	394, 439, 628
Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)	[1983] 2 S.C.R. 311.....	394, 435
Capson v. The Queen.....	[1953] 1 S.C.R. 44.....	697
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643.....	95, 115
Cardinal c. Procureur général de l'Alberta	[1974] R.C.S. 695.....	796
Cardinal v. Attorney General of Alberta	[1974] S.C.R. 695.....	796
Cardinal v. Director of Kent Institution.....	[1985] 2 S.C.R. 643.....	95, 115
Chartier c. Procureur général du Québec.....	[1979] 2 R.C.S. 474.....	280
Chartier v. Attorney General of Quebec.....	[1979] 2 S.C.R. 474.....	280
Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.	[1919] S.C. (H.L.) 35	278
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158.....	710, 725
Coleman and Attorney-General for Ontario, Re	(1983), 143 D.L.R. (3d) 608	1051
Colet v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 2.....	13
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	601, 636
Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin	[1994] 2 S.C.R. 525.....	629
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	636
Concorde International Travel Inc. v. T.I. Travel Services (B.C.) Inc.....	(1990), 72 D.L.R. (4th) 405.....	997
Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax.....	[1983] 1 R.C.S. 245.....	401
Corbett v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 275.....	479
Cromer and British Columbia Teachers' Federation, Re	(1986), 29 D.L.R. (4th) 641	857
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5.....	90, 103
Curran v. Minister of National Revenue.....	[1959] S.C.R. 850.....	291, 302

D

Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	710
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	710, 725
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230.....	629, 848
Deacon v. The King.....	[1947] S.C.R. 531.....	673
Delgamuukw v. British Columbia.....	[1993] 5 W.W.R. 97	1026
Demers v. Montreal Steam Laundry Co.	(1897), 27 S.C.R. 537.....	281
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103.....	631
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103.....	631
Director of Public Prosecutions v. Beard.....	[1920] A.C. 479	692, 723, 748, 764

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Director of Public Prosecutions v. Boardman	[1975] A.C. 421	493
Director of Public Prosecutions v. Camplin	[1978] A.C. 705	46
Director of Public Prosecutions v. P.	[1991] 2 A.C. 447	493
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288	278
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	103
Douyon, Re	(1982), 134 D.L.R. (3d) 324	347
Doyle v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 597	83
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	110
Dupont v. Inglis	[1958] S.C.R. 535	234

E

Eastern Provincial Airways Ltd.	(1983), 54 di 172	409, 452
Eastern Provincial Airways Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail	(1984), 65 N.R. 81	401
Eastern Provincial Airways Ltd. v. Canada Labour Relations Board	(1984), 65 N.R. 81	401
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	864
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	864
Edwards v. Bairstow	[1956] A.C. 14	634
Elkins v. United States	364 U.S. 206 (1960)	122
Emerson v. The Queen	86 D.T.C. 6184	319
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	891
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	83
Evans Coleman and Evans Ltd. v. R.A. Nelson Construction Ltd.	(1958), 27 W.W.R. 38	984, 1002

F

Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 1061	987
Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba	[1990] 3 R.C.S. 191	279
Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.	[1990] 3 S.C.R. 191	279
Flewelling v. Johnston	[1921] 2 W.W.R. 374; (1921), 59 D.L.R. 419	952, 1047
Frank v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 95	781, 795
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455	859
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	859
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	627
Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie	[1992] 1 R.C.S. 647	176
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.	[1992] 1 S.C.R. 647	176
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	952, 1049
Friesen v. Canada	[1995] 3 S.C.R. 103	295, 975, 1008

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
G		
Garlick.....	(1980), 72 Cr. App. R. 291.....	706
Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun.....	[1979] 2 S.C.R. 435.....	606, 639
General Trust of Canada v. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie.....	[1990] 2 S.C.R. 1185.....	170
Geraci, Re.....	(1970), 14 C.B.R. (N.S.) 253.....	346
Girouard v. The Queen.....	80 D.T.C. 6205.....	271
Grimsley v. Dodson.....	696 F.2d 303.....
Grozelle c. Ministre du Revenu national.....	77 D.T.C. 310.....	271
Grozelle v. Minister of National Revenue.....	77 D.T.C. 310.....	271
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335.....	813, 949
H		
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	727
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	727
Hoch v. The Queen.....	(1988), 165 C.L.R. 292.....	493
Hodgkinson v. Simms.....	[1994] 3 S.C.R. 377.....	278
Holford v. Bailey.....	(1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150.....	1054
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	16, 32, 139, 150
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national.....	[1995] 3 R.C.S. 453.....	337
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1995] 3 S.C.R. 453.....	337
I		
Iberia Airlines of Spain.....	(1990), 80 di 165.....	399, 452
Iberia, Lignes aériennes d'Espagne.....	(1990), 80 di 165.....	399, 452
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink.....	[1982] 2 S.C.R. 145.....	635
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927.....	864
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	864
Iverson and Greater Winnipeg Water District, Re.....	(1921), 57 D.L.R. 184.....	952, 1047
J		
J. McCarthy & Sons Co. of Prescott Ltd., Re.....	(1916), 38 O.L.R. 3.....	915
Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson.....	[1980] 1 S.C.R. 812.....	288
Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island, Re.....	(1986), 31 D.L.R. (4th) 536.....	640
Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 46.....	295, 1009
Jolicœur v. Boivin et Cie.....	[1951] R.P. 369.....	913
Jones v. Minister of National Revenue.....	69 D.T.C. 4.....	274
Jones v. United States.....	362 U.S. 257 (1960).....	148, 156

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
K		
Katz v. United States	389 U.S. 347 (1967).....	139, 156
Keewatin Power Co. v. Town of Kenora.....	(1906), 13 O.L.R. 237	935, 1050
Klassen (Trustee of) v. Great West Life Assurance Co.....	(1990), 1 C.B.R. (3d) 263	341
Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.....	[1987] 1 S.C.R. 2.....	313
Krivy c. Ministre du Revenu national.....	79 D.T.C. 121	271
Krivy v. Minister of National Revenue	79 D.T.C. 121	271
Kruger v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104.....	809
L		
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.....	[1949] A.C. 134	209, 243
Lamarre; University of Calgary v. Morrison, Re	[1978] 2 W.W.R. 465	997
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 S.C.R. 351.....	278
Large v. Stratford (City).....	[1995] 3 S.C.R. 733.....	630
Larson v. Minister of National Revenue.....	67 D.T.C. 81	274
Latour v. The King	[1951] S.C.R. 19	41, 697
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	278
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)	[1989] 1 S.C.R. 705.....	278
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29.....	697, 724
Lettner v. Pioneer Truck Equipment Ltd.	(1964), 47 W.W.R. 343	1002
Lévesque v. N.N. Life Insurance Co. of Canada	[1993] R.J.Q. 2220	181
Linney v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 646.....	41
Lloyds Bank of Canada v. International Warranty Co.....	(1989), 68 Alta. L.R. (2d) 356.....	996
London & Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll	[1967] 2 All E.R. 124.....	268
Lowndes, In re; Ex parte Trustee	(1887), 18 Q.B.D. 677.....	336
Lundrigans Ltd. (Receivership) v. Bank of Montreal	(1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 91	989
M		
MacAskill v. The King	[1931] S.C.R. 330	692, 723, 748
MacDonald, Re.....	(1991), 21 C.B.R. (3d) 211	347
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796.....	750
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	[1995] 4 S.C.R. 725.....	209
Malanik v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 335.....	696
Malloy, Re	(1983), 48 C.B.R. (N.S.) 308	341
Maranda-Desaulniers v. Peckham.....	[1953] B.R. 163	916
Marshall v. Ulleswater Steam Navigation Co.	(1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274	1053
Marzetti v. Marzetti.....	[1994] 2 S.C.R. 765.....	356
Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan	[1981] 2 S.C.R. 413.....	210
McCarter v. York County Loan Co.....	(1907), 14 O.L.R. 420	912
McClelland and Stewart Ltd. v. Mutual Life Assurance Co. of Canada.....	[1981] 2 S.C.R. 6.....	167
McClurg v. Canada	[1990] 3 S.C.R. 1020.....	295

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
McInroy v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 588.....	673
Micklethwait v. Newlay Bridge Co.....	(1886), 33 Ch. D. 133	950
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863.....	81, 84, 89, 100
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville	[1982] 2 S.C.R. 518.....	697
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville...	[1982] 2 R.C.S. 518.....	697
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	794, 954
Mitchell v. Peguis Indian Band	[1990] 2 S.C.R. 85.....	794, 954
Mitchell v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 570.....	91
M.N.R. v. Anthony.....	(1995), 124 D.L.R. (4th) 575	338
Monette v. The Queen	[1956] S.C.R. 400	673
Moosehunter v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 282.....	782, 805
Morrissey v. Brewer.....	408 U.S. 471 (1972).....	93
Mulligan v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 612.....	696
Myran v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 137.....	796
N		
Nash and the Queen, Re	(1982), 70 C.C.C. (2d) 490	108
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union....	[1984] 1 S.C.R. 269.....	403, 440
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	630
New Brunswick v. O'Leary.....	[1995] 2 S.C.R. 967.....	83
New York State Club Assn. v. New York City.....	487 U.S. 1 (1988).....	610
Nicholson v. Milne.....	(1989), 74 C.B.R. (N.S.) 263	366
No. 45 v. Minister of National Revenue	52 D.T.C. 72	274
Norton v. Shelby County.....	118 U.S. 425 (1886).....	1067
Nouveau-Brunswick c. O'Leary	[1995] 2 R.C.S. 967.....	83
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	643, 794, 954
O		
Olan v. The Queen.....	S.C.C., No. 14000, October 11, 1977.....	569
Olbey v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 1008.....	45
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons- Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	601, 636
Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association, Re	(1979), 26 O.R. (2d) 134.....	640
P		
Pajelle Investments Ltd. v. Herbold.....	[1976] 2 S.C.R. 520.....	221
Palais des Sports de Montréal Ltée, In re	[1960] B.R. 1012	917
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	730
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449.....	43, 63
Partington v. Cushing.....	(1906), 1 E.L.R. 493.....	914
Pearson, Re.....	(1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44.....	357
Pembina on the Red Development Corp. v. Trimani Industries Ltd.	[1991] 6 W.W.R. 481	977, 997

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Pepita and Doukas, Re.....	(1979), 101 D.L.R. (3d) 577	220
Perrault v. The Queen.....	[1971] S.C.R. 196.....	698
Peters v. University Hospital Board.....	(1983), 23 Sask. R. 123.....	640
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557.....	435, 584, 628, 845
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 S.C.R. 557.....	435, 584, 628, 845
Pratt v. United States Parole Commission.....	717 F.Supp. 382 (1989).....	95
Prince v. The Queen	[1964] S.C.R. 81	795
Procureur Général de Québec v. Barreau de la Province de Québec	[1965] S.C.R. 772.....	209
Procureur général du Québec c. Grondin.....	[1983] 2 R.C.S. 364.....	202, 232

Q

Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	[1994] 3 S.C.R. 3.....	295
Queen (The) v. Atkins	76 D.T.C. 6258	266
Queen (The) v. Golden	[1986] 1 S.C.R. 209.....	295
Queen (The) v. Imperial General Properties Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 288.....	295
Queen (The) v. Manley.....	[1985] 2 F.C. 208	268
Queen (The) v. Pollock.....	84 D.T.C. 6370	266
Queen (The) v. Savage	[1983] 2 S.C.R. 428.....	294, 302

R

R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.	(1987), 17 B.C.L.R. (2d) 273.....	982
R. v. Adams.....	[1995] 4 S.C.R. 707.....	671
R. v. Agawa.....	(1988), 65 O.R. (2d) 505.....	814, 1057
R. v. Allen	(1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 188	703
R. v. Armstrong.....	[1993] O.J. No. 2703 (QL)	675
R. v. B. (C.R.).....	[1990] 1 S.C.R. 717.....	493
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	667
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91.....	1063
R. v. Baldhead.....	[1966] 4 C.C.C. 183	566
R. v. Barrett.....	[1995] 1 S.C.R. 752.....	750, 755
R. v. Bartleman	(1984), 55 B.C.L.R. 78.....	806
R. v. Bédard	(1989), 21 Q.A.C. 173.....	527
R. v. Bell	B.C.C.A., Vancouver Registry CA771150, September 27, 1978.....	534
R. v. Belmas, Hansen and Taylor.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 142	532
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833.....	697, 724
R. v. Bernshaw	[1995] 1 S.C.R. 254.....	69
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	110, 868
R. v. Bob	(1991), 88 Sask. R. 302.....	1066
R. v. Brydon.....	[1995] 4 S.C.R. 253.....	731
R. v. Bulmer	[1987] 1 S.C.R. 782.....	763
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206.....	26, 677
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656.....	750, 755

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Bushman	(1968), 4 C.R.N.S. 13.....	18, 30
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452.....	881
R. v. Caissie	(1993), 24 B.C.A.C. 57	538
R. v. Calder	(1956), 114 C.C.C. 155	557
R. v. Campbell	(1993), 36 B.C.A.C. 204	20
R. v. Canute.....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 403	704, 730, 764
R. v. Cardinal	(1977), 36 C.C.C. (2d) 369	787
R. v. Carter	[1982] 1 S.C.R. 938.....	495
R. v. Chaisson	[1995] 2 S.C.R. 1118.....	526
R. v. Charest.....	(1989), 30 Q.A.C. 227.....	532
R. v. Childs.....	(1984), 52 N.B.R. (2d) 9.....	532
R. v. Clow	(1985), 44 C.R. (3d) 228.....	717
R. v. Colarusso.....	[1994] 1 S.C.R. 20.....	140
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	22, 122, 668
R. v. Conway.....	(1985), 17 C.C.C. (3d) 481	48
R. v. Cooper	[1993] 1 S.C.R. 146.....	702, 732
R. v. Cormier.....	(1993), 86 C.C.C. (3d) 163; R.J.Q. 2723 ...	704
R. v. Crane	(1993), 81 C.C.C. (3d) 276	703
R. v. Crawford.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 515	733
R. v. Crawford.....	[1995] 1 S.C.R. 858.....	673
R. v. Currie.....	(1990), 98 N.S.R. (2d) 287	532
R. v. D. (G.W.)	[1990] B.C.J. No. 728 (QL).....	518
R. v. Daniels.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 542	48
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63.....	723
R. v. Davies	[1991] Crim. L.R. 469.....	706
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140.....	896
R. v. Dees	(1978), 40 C.C.C. (2d) 58	702
R. v. Desveaux	(1986), 51 C.R. (3d) 173.....	717
R. v. Dipietro.....	(1991), 120 A.R. 102.....	537
R. v. Doherty	(1887), 16 Cox C.C. 306.....	694
R. v. Drake	(1970), 1 C.C.C. (2d) 396	678
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30.....	19, 34, 157
R. v. Dumais.....	(1993), 87 C.C.C. (3d) 281	703
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417.....	150
R. v. E.D.....	(1992), 16 B.C.A.C. 193	525
R. v. Edwards.....	(1986), 31 C.R.R. 343	675
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	875
R. v. Eneas	[1994] B.C.J. No. 262 (QL).....	554
R. v. Eninew.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 365	813
R. v. Evans	[1993] 3 S.C.R. 653.....	495
R. v. Faid.....	[1983] 1 S.C.R. 265.....	44
R. v. Fox	[1994] 3 C.N.L.R. 132	818
R. v. Galgay	[1972] 2 O.R. 630.....	54
R. v. Gamble	[1988] 2 S.C.R. 595.....	545
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	92, 115, 526
R. v. Garrett.....	[1907] 1 K.B. 881.....	108

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. George	[1960] S.C.R. 871	697
R. v. Giannotti	(1956), 115 C.C.C. 203	696
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485	530
R. v. Gorham	(1987), 22 O.A.C. 237	532
R. v. Gourgon	(1981), 58 C.C.C. (2d) 193	565
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	24
R. v. H.	[1995] 2 A.C. 596	493
R. v. Haig	(1974), 26 C.R.N.S. 247	563
R. v. Haight	(1976), 30 C.C.C. (2d) 168	54
R. v. Hart	[1986] 2 N.Z.L.R. 408	706
R. v. Hasselwander	[1993] 2 S.C.R. 398	957
R. v. Hastings	(1985), 58 A.R. 108	563
R. v. Hicks	(1995), 56 B.C.A.C. 259	554
R. v. Hill	(1974), 15 C.C.C. (2d) 145	562
R. v. Hill	[1986] 1 S.C.R. 313	47
R. v. Hinch and Salanski	[1968] 3 C.C.C. 39	522
R. v. Horse	[1988] 1 S.C.R. 187	789
R. v. Horseman	[1990] 1 S.C.R. 901	782, 787
R. v. Hoyt	[1992] B.C.J. No. 2315 (QL)	554
R. v. Isaac	[1984] 1 S.C.R. 74	753
R. v. Ivany	(1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 13	703
R. v. J.A.C.	(1995), 86 O.A.C. 135	538
R. v. J.T.J.	(1991), 73 Man. R. (2d) 103	537
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	25
R. v. Jimmy	(1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145	927
R. v. Johnson	(1994), 45 B.C.A.C. 102	30
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	868
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	556
R. v. Kamipeli	[1975] 2 N.Z.L.R. 610	706
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	459, 865
R. v. Kempton	(1980), 53 C.C.C. (2d) 176	563
R. v. Knife	(1982), 16 Sask. R. 40	566
R. v. Ko	(1979), 50 C.C.C. (2d) 430	527
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	23
R. v. Korzepa	(1991), 64 C.C.C. (3d) 489	704, 764
R. v. Krause	[1986] 2 S.C.R. 466	678
R. v. Kuldip	[1990] 3 S.C.R. 618	667
R. v. Laba	[1994] 3 S.C.R. 965	459
R. v. Laisa	[1993] N.W.T.R. 199	705
R. v. Lampard	[1968] 2 O.R. 470	634
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145	14
R. v. Larose	(1993), 25 B.C.A.C. 264	704
R. v. Levy	(1966), 50 Cr. App. R. 198	678
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	530
R. v. Ly	(1992), 72 C.C.C. (3d) 57	547
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	554

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. M. (D.E.S.).....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 371	554
R. v. M. (J.J.)	[1993] 2 S.C.R. 421.....	530
R. v. MacKinlay	(1986), 28 C.C.C. (3d) 306	703, 730
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223.....	731
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	530
R. v. Meade	[1909] 1 K.B. 895.....	694
R. v. Mellstrom	(1975), 22 C.C.C. (2d) 472	566
R. v. Mirasty.....	[1942] 1 W.W.R. 343	804
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345.....	751
R. v. Morrisette.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 307	566
R. v. Morrissey.....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	751
R. v. Mousseau.....	[1980] 2 S.C.R. 89.....	798
R. v. Napoleon	[1986] 1 C.N.L.R. 86	818
R. v. Nealy	(1986), 54 C.R. (3d) 158.....	717
R. v. Neaves	(1992), 75 C.C.C. (3d) 201	703
R. v. Nichols.....	(1978), 9 A.R. 203.....	532
R. v. Nienhuis.....	(1991), 117 A.R. 253.....	537
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013.....	940
R. v. O'Connor.....	[1995] 4 S.C.R. 411.....	725
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103.....	709, 727, 868
R. v. Ominayak	(1990), 108 A.R. 239.....	787
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595.....	730, 763
R. v. Park.....	[1995] 2 S.C.R. 836.....	730, 763
R. v. Parsons.....	(1993), 24 C.R. (4th) 112.....	532
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665.....	127
R. v. Pelletier.....	(1989), 52 C.C.C. (3d) 340.....	532
R. v. Pétel	[1994] 1 S.C.R. 3.....	754
R. v. Pettigrew.....	(1990), 56 C.C.C. (3d) 390	554
R. v. Pickett.....	(1975), 28 C.C.C. (2d) 297	84
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281.....	140
R. v. Pontello.....	(1977), 38 C.C.C. (2d) 262	563
R. v. Pordage.....	[1975] Crim. L.R. 575.....	706
R. v. Power.....	[1994] 1 S.C.R. 601.....	892
R. v. Pruner	(1979), 9 C.R. (3d) S-8	527
R. v. Pugliese	(1992), 71 C.C.C. (3d) 295	135
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588.....	145
R. v. Robinson.....	[1996] 1 S.C.R. 683.....	742, 755, 764
R. v. Rooke.....	[1990] B.C.J. No. 643 (QL).....	518
R. v. Rousseau.....	(1990), 54 C.C.C. (3d) 378.....	675
R. v. S. (P.L.).....	[1991] 1 S.C.R. 909.....	480
R. v. Sandhu	(1993), 82 C.C.C. (3d) 236.....	31, 144
R. v. Sargeant.....	(1974), 60 Cr. App. R. 74.....	558
R. v. Saumer.....	[1977] 3 W.W.R. 385.....	532
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	105
R. v. Sharma.....	[1993] 1 S.C.R. 650.....	1066
R. v. Sheridan.....	(1990), 55 C.C.C. (3d) 313.....	50

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Shropshire.....	[1995] 4 S.C.R. 227.....	546
R. v. Sikyea.....	[1964] 2 C.C.C. 325.....	812
R. v. Sioui.....	[1990] 1 S.C.R. 1025.....	794, 1029
R. v. Smith.....	[1935] 2 W.W.R. 433.....	804
R. v. Smith.....	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	528
R. v. Smoke.....	[1993] A.J. No. 758 (QL).....	705
R. v. Sparrow.....	[1990] 1 S.C.R. 1075.....	779, 792, 934, 1024
R. v. Spatola.....	[1970] 3 O.R. 74.....	498
R. v. Squire.....	[1977] 2 S.C.R. 13.....	64
R. v. Strongquill.....	[1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247.....	804
R. v. Sutherland.....	[1980] 2 S.C.R. 451.....	782, 798
R. v. Sutton.....	[1970] 2 O.R. 358.....	498
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	727
R. v. Sweeney.....	(1992), 11 C.R. (4th) 1.....	521
R. v. Taylor.....	(1981), 34 O.R. (2d) 360.....	794
R. v. Thatcher.....	[1987] 1 S.C.R. 652.....	753
R. v. Thompson.....	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	141, 152
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	727
R. v. Tihl.....	[1990] 1 N.Z.L.R. 540.....	706
R. v. Toker.....	(1984), 11 D.L.R. (4th) 456.....	108
R. v. Trask.....	[1987] 2 S.C.R. 304.....	569
R. v. Tricker.....	(1995), 21 O.R. (3d) 575.....	13, 17
R. v. Tripodi.....	[1955] S.C.R. 438.....	49
R. v. U. (F.J.).....	[1995] 3 S.C.R. 764.....	673
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	557, 708, 725
R. v. Vasil.....	[1981] 1 S.C.R. 469.....	701
R. v. Velmurugu.....	(1994), 74 O.A.C. 393.....	532
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	481
R. v. Wesley.....	[1932] 2 W.W.R. 337.....	795
R. v. Whittle.....	[1994] 2 S.C.R. 914.....	674
R. v. Wiggins.....	[1990] 1 S.C.R. 62.....	19
R. v. Wilmott.....	[1967] 1 C.C.C. 171.....	530
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	34, 140
R. v. Wood.....	(1979), 21 Crim. L.Q. 423.....	566
R. v. Yebes.....	[1987] 2 S.C.R. 168.....	480
R. v. Young.....	(1993), 78 C.C.C. (3d) 538.....	65
R. v. Zeolkowski.....	[1989] 1 S.C.R. 1378.....	298, 955
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	842
R.V. Demmings & Co. v. Caldwell Construction Co.....	(1955), 4 D.L.R. (2d) 465.....	982
Rakas v. Illinois.....	439 U.S. 128 (1978).....	140, 156
Rawlings v. Kentucky.....	448 U.S. 98 (1980).....	140
Reference re Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	209
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	98, 120, 529
Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	783
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 13.....	403
Reference re Young Offenders Act (P.E.I.).....	[1991] 1 S.C.R. 252.....	209, 232

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reniger v. Fogassa	(1551), 1 Plowden 1, 75 E.R. 1	694
Renvoi: Family Relations Act (C.-B.).....	[1982] 1 R.C.S. 62.....	209
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	98, 120, 529
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714.....	194, 232
Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)	[1991] 1 R.C.S. 252.....	209, 232
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	403
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	783
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.).....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	98, 120, 529
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	194, 232
Rilling v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 183.....	69
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199.....	871
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	871
Roberts v. United States Jaycees.....	468 U.S. 609 (1984).....	609, 649, 656
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)	[1987] 2 R.C.S. 84.....	601, 635
Robichaud v. Canada (Treasury Board).....	[1987] 2 S.C.R. 84.....	601, 635
Robson v. Hallett.....	[1967] 2 All E.R. 407.....	30
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario	[1990] 2 R.C.S. 232.....	872
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232.....	872
Rogers Cable T.V. (British Columbia) Ltd.....	(1987), 69 di 17	399
Rogers v. Newfoundland (Department of Culture, Recreation and Youth)	(1991), 15 C.H.R.R. D/375	606
Royal Bank of Canada v. Attorney General of Canada.....	(1977), 25 C.B.R.(N.S.) 233	1002
Royal Bank of Canada v. R.	(1984), 52 C.B.R.(N.S.) 198	995
Royal Bank of Canada v. Saskatchewan Power Corp.	[1991] 1 W.W.R. 1	998
Royal Bank v. Oliver	(1992), 11 C.B.R. (3d) 82	334
Royal Oak Mines Inc.	(1993), 92 di 153	430
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd	[1986] 2 S.C.R. 573.....	710, 725

S

Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679.....	1067, 1071
Scowby v. Glendinning.....	[1986] 2 S.C.R. 226.....	210
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd	[1986] 2 R.C.S. 573.....	710, 725
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria	[1981] 2 S.C.R. 181.....	632
Sheehan and Moore.....	(1975), 60 Cr. App. R. 308.....	705
Shrager v. March.....	[1908] A.C. 402.....	336
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387.....	794
Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255.....	(1990), 11 C.H.R.R. D/357	607
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	850
Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans	[1989] 1 S.C.R. 238	207, 231
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157.....	401, 439, 629
Sovereign General Insurance Co. v. Dale.....	(1988), 32 B.C.L.R. (2d) 226.....	363
Specht v. The Queen.....	[1975] F.C. 150.....	273
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	267

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802.....	267
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	295
Swietlinski v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 956.....	697
Sykes, Re	(1993), 18 C.B.R. (3d) 148	351
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695.....	295
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)	[1983] 2 R.C.S. 311.....	394, 435
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227.....	394, 439, 628
Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte	[1982] 1 R.C.S. 710.....	401

T

Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America, Re	(1980), 115 D.L.R. (3d) 197	414, 447
Taylor v. The King.....	[1947] S.C.R. 462.....	44, 64
Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte.....	[1982] 1 S.C.R. 710.....	401
Technurbe Building Construction Ltd. v. McKinley	(1989), 76 C.B.R. (N.S.) 106	367
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	90, 103
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	90, 103
Thermo King Corp. v. Provincial Bank of Canada	(1981), 34 O.R. (2d) 369.....	980
Thibaudeau v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 627.....	295
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture).....	[1992] 1 S.C.R. 385.....	298, 955
Thompson v. Coulombe.....	(1984), 54 C.B.R. (N.S.) 254.....	360
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture).....	[1992] 1 R.C.S. 385.....	298, 955
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425.....	151
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	151
Toronto-Dominion Bank v. Minister of National Revenue	(1990), 39 F.T.R. 102.....	1003
Touche Ross Ltd. v. M.N.R.....	(1990), 71 D.L.R. (4th) 648.....	998
TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.....	(1993), 101 D.L.R. (4th) 238	989
Trust Général du Canada c. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie	[1990] 2 R.C.S. 1185.....	170

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	402, 438, 627
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 S.C.R. 316.....	627
United Nurses of Alberta, Local 115 and Foothills Provincial General Hospital Board, Re	(1987), 40 D.L.R. (4th) 163	108
United States ex rel. Sperling v. Fitzpatrick.....	426 F.2d 1161 (1970).....	95, 122
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	891

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
United States of America v. Shephard.....	[1977] 2 S.C.R. 1067.....	83
United States v. Bazzano	712 F.2d 826 (1983).....	95
United States v. Gomez	16 F.3d 254 (1994).....	146
United States v. Salvucci	448 U.S. 83 (1980).....	140
United States v. Winsett	518 F.2d 51 (1975).....	94, 122
United States v. Workman	585 F.2d 1205 (1978).....	123
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353.....	583, 600, 630, 658
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353.....	583, 600, 630, 658
V		
Viro v. The Queen.....	(1978), 141 C.L.R. 88	706
Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., Local 720.....	[1980] 1 R.C.S. 178.....	627
Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720	[1980] 1 S.C.R. 178.....	627
W		
Walker's Case	(1587), 3 Co. Rep. 22a., 76 E.R. 676.....	216
Weatherall c. Canada (Procureur général).....	[1993] 2 R.C.S. 872.....	119
Weatherall v. Canada (Attorney General).....	[1993] 2 S.C.R. 872.....	119
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929.....	83, 90, 105
Wilson v. Doane Raymond Ltd.	(1988), 69 C.B.R. (N.S.) 156	340
Winnipeg School Division No. 1 and MacArthur, Re	(1982), 133 D.L.R. (3d) 305	640
Workmen's Compensation Board v. Greer	[1975] 1 S.C.R. 347.....	585, 634
Wozniuk, Re	(1987), 76 A.R. 42.....	340
Wright v. The Queen	[1969] S.C.R. 335	45
Y		
Yazdani v. La Reine.....	[1992] R.J.Q. 2385	532
Yewdale, Re.....	(1995), 30 C.B.R. (3d) 194	347
Young v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 39.....	701
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	869
Z		
Zemlak (Trustee of) v. Zemlak.....	(1987), 66 C.B.R. (N.S.) 1	360
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	630

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, c. 31		s. 229.....	740, 757
s. 7.....	186	s. 229(a)(i).....	683
s. 8(2).....	186	s. 229(a)(ii).....	683
Alta. Reg. 50/87		s. 319(3)(a).....	458
s. 2(2).....	771	s. 686(1)(a)(i).....	474
s. 25.....	771	s. 686(1)(b)(iii).....	683
Alta. Reg. 95/87		E	
s. 7.....	771	Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15	
		s. 317(3).....	963
		s. 317(4).....	963
C		H	
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2		Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11	
s. 99.....	369	s. 5(1).....	825
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 20(1).....	825
s. 1.....	458, 825	s. 20(6.2).....	825
s. 2(a).....	825	s. 21(1).....	825
s. 2(b).....	825	Human Rights Act, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11	
s. 7.....	474	s. 8.....	571
s. 8.....	8, 128	s. 10(1).....	571
s. 11(d).....	458	I	
s. 24(1).....	75	Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148	
s. 24(2).....	8, 75, 128, 660	s. 3(a).....	254
s. 232.....	37	s. 56(1)(a)(ii).....	254
Civil Code of Lower Canada		s. 248(1) "retiring allowance".....	254
art. 689.....	900	Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	
art. 2476.....	160	s. 20(1)(c)(i).....	305
art. 2516.....	160	s. 224.....	963
art. 2532.....	160	s. 224(1.2).....	963
Constitution Act, 1867, preamble.....	267	s. 224(1.3).....	963
Constitution Act, 1982			
s. 35(1).....	771		

	PAGE		PAGE
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5		T	
s. 81(1)(o).....	921	Treaty No. 8, made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc. Reprinted from the 1899 edition by Roger Duhamel, Queen's Printer and Con- troller of Stationery, 1966.....	771
N			
Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (<i>Constitution Act, 1930</i> , Schedule 2) para. 12	771		
S		W	
Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26		Winding-up Act, R.S.C., 1985, c. W-11	
s. 2(kk).....	325	s. 19.....	900
s. 158.....	325	s. 33.....	900

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, ch. 31		Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (<i>Loi constitutionnelle de 1930</i> , annexe 2) par. 12.....	771
art. 7.....	186	L	
art. 8(2).....	186	Loi constitutionnelle de 1867, préambule.....	267
C		Loi constitutionnelle de 1982	
Charte canadienne des droits et libertés		art. 35(1).....	771
art. 1.....	458, 825	Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63	
art. 2a).....	825	art. 20(1)c)(i).....	305
art. 2b).....	825	art. 224.....	963
art. 7.....	474	art. 224(1.2).....	963
art. 8.....	8, 128	art. 224(1.3).....	963
art. 11d).....	458	Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148	
art. 24(1).....	75	art. 3a).....	254
art. 24(2).....	8, 75, 128, 660	art. 56(1)a)(ii).....	254
art. 232.....	37	art. 248(1) «allocation de retraite».....	254
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2		Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15	
art. 99.....	369	art. 317(3).....	963
Code civil du Bas-Canada		art. 317(4).....	963
art. 689.....	900	Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11	
art. 2476.....	160	art. 5(1).....	825
art. 2516.....	160	art. 20(1).....	825
art. 2532.....	160	art. 20(6.2).....	825
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 21(1).....	825
art. 229.....	740, 757	Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11	
art. 229a)(i).....	683	art. 8.....	571
art. 229a)(ii).....	683	art. 10(1).....	571
art. 319(3)a).....	458	Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5	
art. 686(1)a)(i).....	474	art. 81(1)o).....	921
art. 686(1)b)(iii).....	683		

	PAGE		PAGE
Loi sur les liquidations, L.R.C. (1985), ch. W-11		T	
art. 19	900	Traité n° 8, conclu le 21 juin 1899, et adhésions,	
art. 33	900	rapports et autres documents annexés. Ministre	
		des Approvisionnements et Services Canada	
		1981	771
		R	
Règlement de l'Alberta 50/87			
art. 2(2)	771		
art. 25	771		
Règlement de l'Alberta 95/87			
art. 7	771		
		S	
Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, ch.			
S-26			
art. 2kk).....	325		
art. 158.....	325		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Acheson, T. W. "The National Policy and the Industrialization of the Maritimes, 1880-1910", <i>Acadiensis</i> , I, 2 (Spring 1972), pp. 3-28.....	216
Adams, George W. "Labour Law Remedies". In Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., <i>Studies in Labour Law</i> . Toronto: Butterworths, 1983, 55.....	418
Alberta. Institute of Law Research and Reform. <i>Residential Tenancies</i> . Report No. 22. Edmonton: The Institute, 1977.....	216
Amsterdam, Anthony G. "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 <i>Minn. L. Rev.</i> 349.....	155
Archibald, Bruce P. <i>Crime and Punishment: The Constitutional Requirements for Sentencing Reform in Canada</i> , August 1988.....	556
Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. <i>Materials on Canadian Income Tax</i> , 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.....	301
<i>Atlas historique du Canada</i> , vol. 2, <i>La transformation du territoire 1800-1891</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1993.....	217
Beck, J. Murray. <i>The Government of Nova Scotia</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1957.....	227
Bell, D. G. "A Perspective on Legal Pluralism in 19th-Century New Brunswick" (1988), 37 <i>U.N.B.L.J.</i> 86	228
Bergeron, Jean-Guy. <i>Les contrats d'assurance (terrestre)</i> , t. 1. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM Inc., 1989	179
Bergeron, Jean-Guy. <i>Les contrats d'assurance (terrestre)</i> , t. 2. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM Inc., 1992	181
Berner, S. H. "The Defense of Drunkenness — A Reconsideration" (1971), 6 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 309.....	698
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.....	979
Bohémier, Albert. <i>Faillite et insolvabilité</i> , t. 1. Montréal: Thémis, 1992.....	913
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Landlord and Tenant Relationships: Residential Tenancies</i> . Project No. 12. Vancouver: The Commission, 1973.....	217
Burgess, Robert. <i>Corporate Finance Law</i> , 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.....	985
Burpee, Lawrence J. "The Golden Age of Nova Scotia" (1929), 36 <i>Queen's Q.</i> 380.....	216
Campbell, Mary E., and David P. Cole. "Conditional Release Considerations in Sentencing" (1985), 42 <i>C.R.</i> (3d) 191.....	542
Canada. Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach</i> . Ottawa: The Commission, 1987.....	527
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. <i>Réformer la sentence: une approche canadienne</i> . Ottawa: La Commission, 1987.....	528

Canada. Minister of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-337R. "Retiring Allowances", November 19, 1979.....	274
Canada. Minister of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-365R. "Damages, Settlements, and Similar Receipts", March 9, 1981.....	276
Canada. Minister of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-365. "Damages, Settlements, and Similar Receipts", March 21, 1977.....	272
Canada. Ministre du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-365. «Dommages-intérêts, indemnités et sommes semblables reçues», 21 mars 1977.....	272
Canada. Ministre du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-337R. «Allocations de retraite», 19 novembre 1979.....	274
Canada. Ministre du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-365R. «Dommages-intérêts, indemnités et sommes semblables reçues», 9 mars 1981.....	276
Canada. <i>Rapport d'un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au Service des pardons du ministère de la Justice du Canada</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1956.....	543
Canada. <i>Report of a Committee Appointed to Inquire into the Principles and Procedures Followed in the Remission Service of the Department of Justice of Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1956.....	543
Caplan, Lisa H. Kerbel. Case Comment (1994), 26 C.B.R. (3d) 252.....	360
<i>Chambers English Dictionary</i> , 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.....	109
Code, W. E. Brett. "Proportionate Blameworthiness and the Rule Against Constructive Sentencing" (1992), 11 C.R. (4th) 40.....	557
Cole, David P., and Allan Manson. <i>Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review</i> . Toronto: Carswell, 1990.....	91, 542
Collins, Lisa M. "The Terminated Employee: Minimizing the Tax Bite". In Canadian Tax Foundation, <i>Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1994, 31.1.....	271
Colvin, Eric. "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 <i>Can. Bar Rev.</i> 750.....	708
Colvin, Eric. "Codification and Reform of the Intoxication Defence" (1983), 26 <i>Crim. L.Q.</i> 43.....	708
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> . Toronto: Carswell, 1986.....	707
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.....	109
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "service".....	639
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "on"....	955
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	954
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991	954
Coulson, H. J. W., and Urquhart A. Forbes. <i>The Law relating to Waters</i> , 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1902.....	1052
<i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990...	493
Cross, Sir Rupert. <i>The English Sentencing System</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1975.....	558
Cuming, R. C. C. "Section 91 (Settlements) of the Bankruptcy and Insolvency Act: A Mutated Monster" (1995), 25 <i>Can. Bus. L.J.</i> 235.....	342
Daniel, Richard. "The Spirit and Terms of Treaty Eight". In Richard Price, ed., <i>The Spirit of the Alberta Indian Treaties</i> . Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1979.....	801
Dawe, Jonathan. "Standing to Challenge Searches and Seizures Under the Charter: The Lessons of the American Experience and Their Application to Canadian Law" (1993), 52 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 39.....	154

De Page, Henri. <i>Traité élémentaire de droit civil belge</i> , vol. 6. Brussels: Bruylant, 1953.....	917
Deschamps, Marie. Vers une approche renouvelée de l'indivision (1984), 29 <i>McGill L.J.</i> 215	910
Doernberg, Donald L. "The Right of the People': Reconciling Collective and Individual Interests Under the Fourth Amendment" (1983), 58 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 259.....	153
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994	954
Dunlop, Charles Richard Bentley. <i>Creditor-Debtor Law in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.	365
Dworkin, Roger B. "Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering" (1973), 48 <i>Ind. L.J.</i> 329	155
Elliot, Robin. <i>Comment</i> (1982), 16 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 313.....	210
<i>Fraser & Stewart Company Law of Canada</i> , 6th ed. By Harry Sutherland et al. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993	914
Friedland, Martin L. "Controlling the Administrators of Criminal Justice" (1989), 31 <i>Crim. L.Q.</i> 280.....	528
Friesen, Jean. <i>Grant me Wherewith to Make my Living</i> . Winnipeg: T.A.R.R. Centre, 1985	799
Fumoleau, René. <i>As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939</i> . Toronto: McClelland and Stewart, 1973	801
Gellhorn, Walter. <i>Individual Freedom and Governmental Restraints</i> . Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1956	14
Ghestin, Jacques, avec le concours de Marc Billiau. <i>Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat</i> . Paris: L.G.D.J., 1992.....	175
Gibbens, R. D. "Appellate Review of Findings of Fact" (1992), 13 <i>Adv. Q.</i> 445.....	278
Girard, Philip. "The Rise and Fall of Urban Justice in Halifax, 1815-1886" (1988), 8:2 <i>Nova Scotia Historical Review</i> 57	227
Gold, Alan D. "An Untrimmed 'Beard': The Law of Intoxication as a Defence to a Criminal Charge" (1976-77), 19 <i>Crim. L.Q.</i> 34.....	708, 735
Goodwin, Robert B. "Personal Damages". In Canadian Tax Foundation, <i>Report of Proceedings of the Twenty-Eighth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1977, 813	271
Haliburton, Thomas C. <i>An Historical and Statistical Account of Nova Scotia</i> . Halifax: Joseph Howe, 1829	227
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 1, 3rd ed. London: Butterworth & Co., 1952.....	227
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 32, 4th ed. London: Butterworths, 1980	1006
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 49, 4th ed. London: Butterworths, 1984.....	950
Hansen, Brian G. "The Taxation of Employees". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., <i>Canadian Taxation</i> . Toronto: Richard De Boo, 1981, 117.....	274
Harris, Edwin C. <i>Canadian Income Taxation</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.....	289, 301
Harris, Edwin C. <i>Canadian Income Taxation</i> . Toronto: Butterworths, 1979.....	289
Healy, Patrick. "R. v. Bernard: Difficulties with Voluntary Intoxication" (1990), 35 <i>McGill L.J.</i> 610	708
<i>Historical Atlas of Canada</i> , vol. II, <i>The Land Transformed 1800-1891</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1993	217
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992	784
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	271, 316
Houlden, Lloyd W. "Life Insurance Contracts in Ontario" (1963), 4 <i>C.B.R. (N.S.)</i> 113	350

Inwood, Kris E. "Maritime Industrialization from 1870 to 1910: A Review of the Evidence and Its Interpretation", <i>Acadiensis</i> , XXI, 1 (Autumn 1991), pp. 132-55	216
Krishna, Vern. "Characterization of Wrongful Dismissal Awards for Income Tax" (1977), 23 <i>McGill L.J.</i> 43	271
Krishna, Vern. "Interest Deductibility: More Form over Substance" (1993), 4 <i>Can. Curr. Tax</i> C17	320
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992	270, 300
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , vol. 1, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987 & 1995 Supp.	34
La Forest, Gérard V. <i>Water Law in Canada — The Atlantic Provinces</i> . Ottawa: Information Canada, 1973	950, 1031
Laframboise, Celia, and Leigh West. "The Case of All-Male Clubs: Freedom to Associate or Licence to Discriminate?" (1987-1988), 2 <i>C.J.W.L.</i> 335.....	648
Lamont, Donald H. L. <i>The Landlord and Tenant Act Part IV: A Section by Section Analysis of the First Amendments to the Landlord and Tenant Act in Over 50 Years</i> . Toronto: Carswell, 1970	218
Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 <i>Can. Bar Rev.</i> 769, 1139.....	208
Macdonald, David A., Jr. "Standing to Challenge Searches and Seizures: A Small Group of States Chart Their Own Course" (1990), 63 <i>Temp. L. Rev.</i> 559	148, 154
MacDonald, W. A., and G. E. Cronkwright, eds. <i>Income Taxation in Canada</i> , vol. 2. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall, 1977 (loose-leaf).....	271
MacNeil, Michael. "Property in the Welfare State" (1983), 7 <i>Dalhousie L.J.</i> 343	220
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. <i>Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba</i> . Winnipeg: The Public Inquiry, 1991.....	799
Marshall, William P. "Discrimination and the Right of Association" (1986), 81 <i>N.W.U. L. Rev.</i> 68.....	650
McCabe, Michael J. "Execution Against an R.R.S.P." (1990), 76 <i>C.B.R. (N.S.)</i> 218	352
McKee, David J. "Debtor-Creditor Issues Affecting Annuity Contracts" (1993), 12 <i>Est. & Tr. J.</i> 247	348
Morris, Alexander. <i>The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories</i> . Toronto: Belfords, Clarke, 1880.....	798
Murdoch, Beamish. <i>Epitome of the Laws of Nova Scotia</i> , vol. III. Halifax: Joseph Howe, 1833.....	227
Norwood, David, and John P. Weir. <i>Norwood on Life Insurance Law in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.....	348
<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1993, "service"	639
Nova Scotia. <i>Report of the Nova Scotia Court Structure Task Force</i> , Appendix 1, "History of Nova Scotia Courts". March 1991	227
Ontario. Law Reform Commission. <i>Interim Report on Landlord and Tenant Law Applicable to Residential Tenancies</i> . Toronto: Department of the Attorney General, 1968	217
Oxner, Sandra E. "The Evolution of the Lower Court of Nova Scotia". In <i>Law in a Colonial Society: The Nova Scotia Experience</i> . Edited by Peter Waite, Sandra Oxner and Thomas Barnes. Toronto: Carswell, 1984	227
Patterson, George. "The Establishment of the County Court in Nova Scotia" (1943), 21 <i>Can. Bar Rev.</i> 394	227
Pearce, Robert A. "Fixed Charges over Book Debts", [1987] <i>J.Bus.L.</i> 18	983
<i>Petit Robert 1</i> . Paris: Le Robert, 1989, "dans"	957
Quigley, Tim. "A Shorn Beard" (1987), 10 <i>Dal. L.J.</i> 167.....	695

Rendall, James A. "Defining the Tax Base". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., <i>Canadian Taxation</i> . Toronto: Richard De Boo, 1981, 59.....	301
Reyes, Allison. "Freedom of Expression and Public School Teachers" (1995), 4 <i>Dal. J. Leg. Stud.</i> 35.....	857
Rice, Michael E. "Fixed-Term Sentences of More Than 20 Years Versus Life Imprisonment" (1994), 36 <i>Crim. L.Q.</i> 474	532
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	527
Scace, Arthur R. A. <i>The Income Tax Law of Canada</i> , 4th ed. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1979	274
Smith, J. C., and Brian Hogan. <i>Criminal Law</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1992.....	706
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995	44, 707
<i>The Oxford English Dictionary</i> , vol. XII, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989, "privacy".....	147
<i>The Oxford English Dictionary</i> , vol. XIV, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989, "search"	32
Thomas, D. A. <i>Principles of Sentencing</i> , 2nd ed. London: Heinemann, 1979.....	531
Townsend, Charles J. "Historical Account of the Courts of Judicature in Nova Scotia" (1899), 19 <i>Can. L.T.</i> 25	227
<i>Webster's Third New International Dictionary of the English Language</i> . Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, "on"	955
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	49, 706
<i>Williams' The Canadian Law of Landlord and Tenant</i> , 4th ed. By F. W. Rhodes. Toronto: Carswell, 1973	218
<i>Woodfall's Law of Landlord and Tenant</i> , 28th ed. By V. G. Wellings. London: Sweet & Maxwell, 1978	218
Yukon Hansard, February 12, 1987, p. 715.....	633

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Province of Alberta Treasury
Branches** *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Province of Alberta Treasury
Branches** *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

The Toronto-Dominion Bank *Respondent*

INDEXED AS: ALBERTA (TREASURY BRANCHES) v. M.N.R.;
TORONTO-DOMINION BANK v. M.N.R.

File No.: 24056.

1995: October 12; 1996: April 25.

Present: La Forest, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Taxation — Income tax — Goods and Services Tax — Garnishment — Income tax and GST legislation providing for garnishment enabling Minister of National Revenue to intercept monies owed to tax debtors — Whether provisions give Minister priority over creditors who have received general assignment of book debts from tax debtor — Meaning of “secured creditor” — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 224(1.2), (1.3) — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 317(3), (4).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Province of Alberta Treasury
Branches** *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Province of Alberta Treasury
Branches** *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

La Banque Toronto-Dominion *Intimée*

RÉPERTORIÉ: ALBERTA (TREASURY BRANCHES) c. M.R.N.;
BANQUE TORONTO-DOMINION c. M.R.N.

N° du greffe: 24056.

1995: 12 octobre; 1996: 25 avril.

Présents: Les juges La Forest, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

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

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Taxe sur les produits et services — Saisie-arrêt — Lois relatives à l'impôt sur le revenu et à la TPS prescrivant une procédure de saisie-arrêt permettant au ministre du Revenu national d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux — Les dispositions en cause confèrent-elles au Ministre la priorité de rang sur les créanciers ayant obtenu d'un débiteur fiscal une cession générale de créances comptables? — Sens de l'expression «créancier garanti» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 224(1.2), (1.3) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 317(3), (4).

Bankruptcy — Priorities — General assignments of book debts — Income tax and GST legislation providing for garnishment enabling Minister of National Revenue to intercept monies owed to tax debtors — Whether provisions give Minister priority over creditors who have received general assignment of book debts from tax debtor.

The first case involved in these appeals arose from a loan made by the respondent Alberta Treasury Branches to a hotel operator which was secured in part by a general assignment of book debts ("GABD"). The hotel operator was in arrears to the Minister of National Revenue ("MNR") for unremitted GST, plus interest and penalties. The MNR served requirements to pay under s. 317(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") on all possible debtors of the hotel operator. That section provides for a form of garnishment which enables the MNR in certain circumstances to intercept monies owed to a tax debtor. It applies to a "secured creditor", defined as "a person who has a security interest in the property of another person". After the hotel operator made an assignment under the *Bankruptcy Act*, the trustee estimated the realization of the assets of the estate would leave a shortfall to Alberta Treasury Branches. The Court of Queen's Bench, in an application to determine priorities, held that the MNR had priority by virtue of the provisions of the *ETA*. In the second case, an excavation company borrowed money from Alberta Treasury Branches and granted it a GABD. After the company completed certain contract work, the client held holdback funds which were claimed by various creditors of the company, including the MNR, to whom the company was indebted for unremitted employee source deductions, interest and penalties. The MNR served two requirements to pay on the client, under s. 224(1.2) of the *Income Tax Act* ("ITA"), which provides for a garnishment remedy identical to the one provided for in the *ETA*. On an application to determine priority to the monies in question, the master decided that Alberta Treasury Branches had priority through its GABD. This decision was upheld on appeal. In the third case, a drilling company borrowed money from the respondent bank which was secured in part by a GABD. The company owed the MNR unremitted GST, interest and penalties. The MNR served requirements to pay under s. 317(3) *ETA* on the company's trade debtors. Another of its creditors successfully filed a petition under the *Bankruptcy Act* to have the company declared a bankrupt. In an application to determine priority, the Court of Queen's Bench held that the MNR had priority under the provisions of the *ETA*. In all three cases the Court of

Faillite — Priorités — Cession générale de créances comptables — Lois relatives à l'impôt sur le revenu et à la TPS prescrivant une procédure de saisie-arrêt permettant au ministre du Revenu national d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux — Les dispositions en cause confèrent-elles au Ministre la priorité de rang sur les créanciers ayant obtenu d'un débiteur fiscal une cession générale de créances comptables?

La première affaire en cause dans les présents pourvois découle d'un prêt qui a été consenti à une société hôtelière par l'intimé l'Alberta Treasury Branches, et qui était garanti en partie par une cession générale de créances comptables. La société hôtelière accusait des arriérés au titre de la TPS non versée au ministre du Revenu national («MRN»), plus intérêts et pénalité. Le MRN a signifié à tous les débiteurs possibles de la société hôtelière une demande de paiement fondée sur le par. 317(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* («LTA»). Cette disposition prescrit une procédure de saisie-arrêt qui, dans certaines circonstances, permet au MRN d'intercepter des sommes dues à un débiteur fiscal. Elle s'applique à un «créancier garanti», qui est défini comme une «[p]ersonne qui a une garantie sur un bien d'une autre personne». Après que la société hôtelière eut fait cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite*, le syndic a estimé que la réalisation de l'actif de la faillite ne suffirait pas à payer entièrement l'Alberta Treasury Branches. À la suite d'une demande visant à établir l'ordre de priorité, la Cour du Banc de la Reine a statué que le MRN avait priorité en vertu des dispositions de la *LTA*. Dans la deuxième affaire, une société d'excavation avait emprunté des sommes à l'Alberta Treasury Branches et lui avait consenti une cession générale de créances comptables. Après l'achèvement de certains travaux par la société, le client a retenu des fonds qui étaient réclamés par différents créanciers de la société, dont le MRN à qui la société devait des arriérés de retenues à la source, plus intérêts et pénalité. Le MRN a signifié au client deux demandes de paiement fondées sur le par. 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* («LIR»), qui prescrit une procédure de saisie-arrêt identique à celle prévue dans la *LTA*. À la suite d'une demande visant à établir l'ordre de priorité relativement aux sommes en cause, le protonotaire a décidé que l'Alberta Treasury Branches avait priorité en vertu de sa cession générale de créances comptables. Cette décision a été confirmée en appel. Dans la troisième affaire, une société de forage avait contracté auprès de la banque intimée un emprunt qui était garanti en partie par une cession générale de créances comptables. La société devait au MRN une somme au titre de la TPS non versée, plus intérêts et pénalité. Le MRN a signifié aux

Appeal held that the lending institution had priority over the MNR.

Held (Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

Per La Forest, Cory and McLachlin JJ.: The definition of "security interest" is broad enough to include a GABD, and the wording of s. 224(1.2) *ITA* and s. 317(3) *ETA* is sufficiently clear and unequivocal to allow a transfer of property in the garnished funds to the MNR and to grant him a priority in circumstances where the balance of the section applies. Moreover, an assignee of a GABD is a "secured creditor" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA* or s. 317(3) *ETA* because the assignee holds a security interest "in the property of another person". Each assignment of book debts made in these cases provides that it is to be a "continuing collateral security". Further, all the assignments limit liability to the extent of the outstanding indebtedness. Thus, if the loan secured by the GABD was repaid, the lending institution would have no further interest in the assignment. Since the assignment by its terms can be redeemed by payment of the debt, it should not be construed as an absolute assignment. Neither the lending institutions nor the debtor companies by their actions gave any indication that the institutions were the owners of the book debts. The lending institutions made no efforts whatsoever to realize upon the book debts or in any way to act as "owners" of them until the debtor companies were obviously in severe financial difficulty if not bankrupt. Both the wording of the documents and the actions of the parties indicate that they regarded the assignment to be given as collateral security for the indebtedness. So long as the possibility of redemption exists, the GABD remains as collateral security.

When there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts, then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. However, the very

débiteurs commerciaux de la société des demandes de paiement fondées sur le par. 317(3) *LTA*. Un autre des créanciers de la société a présenté avec succès une pétition en faillite contre celle-ci. À la suite d'une demande visant à établir l'ordre de priorité, la Cour du Banc de la Reine a statué que le MRN avait priorité en vertu des dispositions de la *LTA*. Dans les trois cas, la Cour d'appel a statué que l'établissement de crédit avait priorité sur le MRN.

Arrêt (les juges Iacobucci et Major sont dissidents): Les pourvois sont accueillis.

Les juges La Forest, Cory et McLachlin: La définition du terme «garantie» est suffisamment large pour comprendre une cession générale de créances comptables, et le libellé des par. 224(1.2) *LIR* et 317(3) *LTA* est suffisamment clair et net pour permettre de transférer au MRN la propriété des fonds saisis-arrêtés et lui accorder la priorité dans les circonstances où le reste de la disposition s'applique. De plus, le titulaire d'une cession générale de créances comptables est un «créancier garanti» au sens du par. 224(1.3) *LIR* ou du par. 317(3) *LTA*, parce que celui-ci détient une garantie «sur un bien d'une autre personne». Chaque cession de créances comptables consentie en l'espèce prévoit qu'elle constituera une «garantie accessoire et permanente». En outre, toutes les cessions limitent la dette au montant de la créance impayée. En conséquence, si le prêt garanti par la cession générale de créances comptables était remboursé, l'établissement de crédit n'aurait plus aucun autre droit sur la cession. Puisque l'acte de cession prévoit que la cession peut être rachetée par le paiement de la créance, celle-ci ne devrait pas être interprétée comme une cession absolue. Ni les établissements de crédit ni les sociétés débitrices n'ont agi de façon à indiquer que les établissements étaient propriétaires des créances comptables. Les établissements de crédit n'ont nullement cherché à réaliser les créances comptables ou à se comporter, de quelque manière que ce soit, comme «propriétaires» de ces créances jusqu'à ce que les sociétés débitrices soient de toute évidence en grave difficulté financière, pour ne pas dire en faillite. Le texte des documents et les actions des parties indiquent qu'elles considéraient que la cession avait été consentie à titre de garantie accessoire relativement aux créances. Dans la mesure où il existe une possibilité de rachat, la cession générale de créances comptables demeure une garantie accessoire.

Lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Cependant, l'historique même de

history of this case with the clear differences of opinion expressed as between the trial judges and the Court of Appeal indicates that for able and experienced legal minds, neither the meaning of the legislation nor its application to the facts is clear. Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. The Parliamentary intent was to confirm the overriding right of the MNR to collect by garnishment the taxes collected which ought to have been remitted by the debtor company to the MNR. These amounts so collected could be said to belong not to the collecting debtor entities but to the government. In those circumstances the priority granted to the MNR to recover such funds cannot possibly be said to be expropriation without compensation.

The same instrument cannot be both a "security interest" and an "absolute assignment". If an instrument is an absolute assignment, then since it is complete and perfect in itself, there cannot be a residual right remaining with the debtor to recover the assets. Pursuant to the instruments presented in this case the borrower retains the right to redeem the book debts once the debt is paid off. This right of redemption irrefutably demonstrates that the assignment is something less than absolute. A GABD represents a security interest with the legal title being with the lender and the equitable title remaining with the borrower. This conclusion is supported by s. 63 of the *Alberta Personal Property Security Act*, which stipulates the basis upon which the right of redemption in personal property, including book debts, will be terminated. To conclude that a GABD results in a change of ownership as a result of its absolute nature rather than constituting collateral security for a debt will have serious implications. It could result in a change in the ordering of priorities provided by the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act* and the *Canada Business Corporations Act*. Further, it could constitute the means by which an unscrupulous debtor company, knowingly or unknowingly abetted by a creditor company, could so order its affairs that many other *bona fide* creditors could be adversely affected.

Per Major J. (dissenting): A GABD falls within the definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA*. The phrase an "assignment . . . of any kind whatever" is broad enough to encompass the absolute assignments of book debts which are at issue in these appeals. The lending institutions, however, do not fall within the defini-

la présente affaire, conjugué aux divergences évidentes d'opinions entre les juges de première instance et la Cour d'appel, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Même si l'ambiguïté n'était pas apparente, il importe de signaler qu'il convient toujours d'examiner l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause. Le Parlement voulait confirmer le droit prépondérant du MRN de recouvrer par voie de saisie-arrêt les impôts perçus que la société débitrice aurait dû lui verser. On pourrait dire que les montants ainsi perçus appartiennent non pas aux entités débitrices qui les perçoivent, mais au gouvernement. Dans ces circonstances, on ne saurait dire que la priorité accordée au MRN en matière de recouvrement de ces fonds constitue une expropriation sans indemnisation.

Le même écrit ne saurait constituer à la fois une «garantie» et une «cession absolue». Si un écrit constitue une cession absolue, le débiteur ne peut alors conserver un droit résiduel de recouvrer les biens puisqu'une telle cession est complète et parfaite en soi. Conformément aux écrits présentés en l'espèce, l'emprunteur conserve le droit de racheter les créances comptables une fois la dette payée. Ce droit de rachat démontre de façon irréfutable que la cession n'est pas absolue. Une cession générale de créances comptables représente une garantie dont le titre en common law appartient au prêteur et le titre en *equity* continue d'appartenir à l'emprunteur. Cette conclusion est étayée par l'art. 63 de la *Personal Property Security Act* de l'Alberta, qui prévoit les cas où il y a extinction du droit de rachat de biens meubles, y compris des créances comptables. Il y aurait de graves répercussions à conclure qu'une cession générale de créances comptables donne lieu, en raison de son caractère absolu, à un transfert de propriété, au lieu de constituer une garantie accessoire pour le paiement d'une créance. Il pourrait en résulter une modification de l'ordre de priorité prévu par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et la *Loi sur les sociétés par actions*. De plus, cela pourrait permettre à un débiteur sans scrupule, encouragé sciemment ou à son insu par une société créancière, d'organiser ses affaires de façon à léser de nombreux autres créanciers de bonne foi.

Le juge Major (dissent): Une cession générale de créances comptables est visée par la définition du terme «garantie» au par. 224(1.3) *LIR*. L'expression «cessions [. . .] quelle qu'en soit la nature» est suffisamment générale pour inclure les cessions absolues de créances comptables visées dans les présents pourvois. Cepen-

tion of "secured creditor" because they do not hold a security interest "in the property of another person". An assignment passes title and therefore property in the book debts is held by the lending institution and not by the tax debtor. The assignments in each of the three cases involved here all contain language which makes it clear that they are immediate and absolute. The fact that the GABD is referred to as "continuing collateral security" in the instruments does not make the GABD anything less than absolute. While the tax debtor retains an equity of redemption upon an assignment of its book debts, here the value of the loans secured by the book debts far exceeds the value of the debts themselves and there is thus no value in the equity of redemption. Further, an absolute assignment of book debts makes those book debts the property of the assignee, and they remain the property of the assignee until the assignor actually exercises his equitable right to redeem. In determining whether the book debts, once assigned, are the "property" of the assignor or of the assignee, the court must interpret the word in its plain and ordinary sense. The plain and ordinary meaning of "property" is legal title and not a contingent future equitable right to reacquire property which one does not presently hold. In the circumstances of these appeals, a strict reading of the taxation statute is appropriate. In the absence of clear and unequivocal language, there is a presumption that proprietary rights are not to be taken away without provision being made for compensation. In the context of these appeals, the interpretation urged by the MNR would have the effect of expropriating property to which the lender is legally entitled under its security agreement with the tax debtor. The plain and ordinary meaning of the statutory words simply does not bear the strained interpretation of property that, absent the security interest, is the property of another person. In addition to offending the principle that extra words should not be read into a section unless absolutely necessary, this proposed reading attempts to read in wording which can be expressly found in another part of the same section. If there is an ambiguity in the meaning of the word "property", then the specific effect of this section warrants a strict resolution of any ambiguity in favour of the respondent lending institutions.

Per Iacobucci J. (dissenting): While the general principles of statutory interpretation outlined by Cory J. were agreed with, the general assignments of book debts

dant, les établissements de crédit ne sont pas des «créanciers garantis» parce qu'ils ne détiennent pas une garantie «sur un bien d'une autre personne». Une cession transfère le titre de propriété et c'est donc l'établissement de crédit et non le débiteur fiscal qui a la propriété des créances comptables. Dans chacune des trois affaires ici en cause, le libellé de l'acte de cession établit clairement que la cession est immédiate et absolue. Le fait que la cession générale de créances comptables soit qualifiée de «garantie accessoire et permanente» dans les écrits n'en change pas le caractère absolu. Bien que le débiteur fiscal conserve un droit de rachat lorsqu'il cède ses créances comptables, la valeur des prêts garantis, en l'espèce, par les créances comptables excède de beaucoup celle des créances elles-mêmes et, ainsi, le droit de rachat n'est d'aucune utilité. De plus, le cessionnaire devient propriétaire des créances comptables visées par une cession absolue, et ces créances comptables demeurent sa propriété jusqu'à ce que le cédant exerce le droit de rachat qui lui est reconnu en *equity*. Pour déterminer si les créances comptables cédées constituent le «bien» du cédant ou celui du cessionnaire, la cour doit donner à ce terme son sens ordinaire. Le terme «bien» s'entend ordinairement d'un titre de propriété et non d'un droit futur éventuel, reconnu en *equity*, de racheter un bien qu'une personne ne détient pas pour l'instant. Dans les circonstances des présents pourvois, il convient d'interpréter restrictivement la loi fiscale. Il existe, en l'absence de termes clairs et non équivoques, une présomption que les droits de propriété d'une personne ne peuvent lui être retirés sans qu'elle soit indemnisée. Dans le contexte des présents pourvois, l'interprétation préconisée par le MRN aurait pour effet d'exproprier des biens auxquels le prêteur a légalement droit en vertu du contrat de garantie qu'il a conclu avec le débiteur fiscal. Le sens ordinaire des termes employés dans la Loi n'a aucun rapport avec l'interprétation forcée consistant à dire qu'il s'agit, en l'absence de garantie, du bien d'une autre personne. En plus de contrevenir au principe qu'il ne faut pas ajouter des mots à une disposition, sauf s'il est absolument nécessaire de le faire, l'interprétation proposée tente d'introduire des termes explicitement utilisés dans une autre partie de la même disposition. Si le sens du terme «bien» est ambigu, l'effet spécifique de cette disposition justifie alors que toute ambiguïté soit strictement résolue en faveur des établissements de crédit intimés.

Le juge Iacobucci (dissent): Bien que les principes généraux d'interprétation législative exposés par le juge Cory aient été acceptés, les cessions générales de

in this case were tantamount to an absolute transfer of property, as found by Major J.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Pembina on the Red Development Corp. v. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481; *Thermo King Corp. v. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. xi; *Bonavista (Town) v. Atlantic Technologists Ltd.* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 19; *Bank of Montreal v. Baird* (1979), 33 C.B.R. (N.S.) 256, leave to appeal refused, [1980] 1 S.C.R. v; *R.V. Demmings & Co. v. Caldwell Construction Co.* (1955), 4 D.L.R. (2d) 465; *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 273; *Evans Coleman and Evans Ltd. v. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *Canada v. National Bank of Canada*, [1993] 2 F.C. 206; *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.* (1993), 101 D.L.R. (4th) 238, aff'd [1994] 3 S.C.R. 753; *Berg v. Parker Pacific Equipment Sales*, [1991] 1 C.T.C. 442; *Lundrigans Ltd. (Receivership) v. Bank of Montreal* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 91.

By Major J. (dissenting)

Royal Bank of Canada v. R. (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 198, aff'd (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 125; *Lloyds Bank of Canada v. International Warranty Co.* (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 356, rev'g (1989), 64 Alta. L.R. (2d) 340; *Re Lamarre*; *University of Calgary v. Morrison*, [1978] 2 W.W.R. 465; *Attorney General of Canada v. Royal Bank of Canada*, [1979] 1 W.W.R. 479, aff'g (1977), 25 C.B.R. (N.S.) 233; *Pembina on the Red Development Corp. v. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481; *Concorde International Travel Inc. v. T.I. Travel Services (B.C.) Inc.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 405; *Royal Bank of Canada v. Saskatchewan Power Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 1, aff'g [1990] 2 W.W.R. 655; *Touche Ross Ltd. v. M.N.R.* (1990), 71 D.L.R. (4th) 648; *Evans Coleman and Evans Ltd. v. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38; *Lettner v. Pioneer Truck Equipment Ltd.* (1964), 47 W.W.R. 343; *Toronto-Dominion Bank v. Minister of National Revenue* (1990), 39 F.T.R. 102; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46.

créances comptables consenties en l'espèce équivalaient à un transfert absolu de propriété, comme l'a conclu le juge Major.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Pembina on the Red Development Corp. c. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481; *Thermo King Corp. c. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. xi; *Bonavista (Town) c. Atlantic Technologists Ltd.* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 19; *Bank of Montreal c. Baird* (1979), 33 C.B.R. (N.S.) 256, autorisation de pourvoi refusée, [1980] 1 R.C.S. v; *R.V. Demmings & Co. c. Caldwell Construction Co.* (1955), 4 D.L.R. (2d) 465; *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 273; *Evans Coleman and Evans Ltd. c. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Canada c. Banque Nationale du Canada*, [1993] 2 C.F. 206; *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.* (1993), 101 D.L.R. (4th) 238, conf. par [1994] 3 R.C.S. 753; *Berg c. Parker Pacific Equipment Sales*, [1991] 1 C.T.C. 442; *Lundrigans Ltd. (Receivership) c. Bank of Montreal* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 91.

Citée par le juge Major (dissident)

Banque Royale du Canada c. R. (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 198, conf. par (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 125; *Lloyds Bank of Canada c. International Warranty Co.* (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 356, inf. (1989), 64 Alta. L.R. (2d) 340; *Re Lamarre*; *University of Calgary c. Morrison*, [1978] 2 W.W.R. 465; *Attorney General of Canada c. Royal Bank of Canada*, [1979] 1 W.W.R. 479, conf. (1977), 25 C.B.R. (N.S.) 233; *Pembina on the Red Development Corp. c. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481; *Concorde International Travel Inc. c. T.I. Travel Services (B.C.) Inc.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 405; *Royal Bank of Canada c. Saskatchewan Power Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 1, conf. [1990] 2 W.W.R. 655; *Touche Ross Ltd. c. M.N.R.* (1990), 71 D.L.R. (4th) 648; *Evans Coleman and Evans Ltd. c. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38; *Lettner c. Pioneer Truck Equipment Ltd.* (1964), 47 W.W.R. 343; *Banque Toronto-Dominion c. Ministre du Revenu national* (1990), 39 F.T.R. 102; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3 [am. 1992, c. 27] (formerly *Bankruptcy Act*).
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 317(3), (4) [ad. 1990, c. 45, s. 12].
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153, 224(1) [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 140, s. 121], (1.2) [ad. 1987, c. 46, s. 66; am. 1990, c. 34, s. 1], (1.3) [ad. 1987, c. 46, s. 66].
Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, ss. 62, 63.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
 Burgess, Robert. *Corporate Finance Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.
Halsbury's Laws of England, vol. 32, 4th ed. London: Butterworths, 1980.
 Pearce, Robert A. "Fixed Charges over Book Debts", [1987] *J. Bus. L.* 18.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 16 Alta. L.R. (3d) 1, 149 A.R. 34, 63 W.A.C. 34, [1994] 4 W.W.R. 685, 24 C.B.R. (3d) 257, 94 D.T.C. 6650, [1995] 1 C.T.C. 75, reversing decisions of Forsyth J. (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 141, 134 A.R. 124, [1993] 1 W.W.R. 639, 15 C.B.R. (3d) 143, and MacLeod J. and affirming a decision of Hunt J. (1993), 9 Alta. L.R. (3d) 349, 139 A.R. 295, [1993] 5 W.W.R. 756, [1994] 1 C.T.C. 108, 5 P.P.S.A.C. (2d) 117, concerning priorities. Appeals allowed, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Michael J. Lema*, for the appellant.

Written submissions only by *J. Gary Greenan* and *Scott Watson*, for the respondent Province of Alberta Treasury Branches.

Jeffery D. Vallis and *C. Bryce Code*, for the respondent the Toronto-Dominion Bank.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153, 224(1) [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 121], (1.2) [aj. 1987, ch. 46, art. 66; mod. 1990, ch. 34, art. 1], (1.3) [aj. 1987, ch. 46, art. 66].
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 [mod. 1992, ch. 27] (auparavant *Loi sur la faillite*).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 317(3), (4) [aj. 1990, ch. 45, art. 12].
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44.
Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 62, 63.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
 Burgess, Robert. *Corporate Finance Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.
Halsbury's Laws of England, vol. 32, 4th ed. London: Butterworths, 1980.
 Pearce, Robert A. «Fixed Charges over Book Debts», [1987] *J. Bus. L.* 18.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 16 Alta. L.R. (3d) 1, 149 A.R. 34, 63 W.A.C. 34, [1994] 4 W.W.R. 685, 24 C.B.R. (3d) 257, 94 D.T.C. 6650, [1995] 1 C.T.C. 75, qui a infirmé des décisions du juge Forsyth (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 141, 134 A.R. 124, [1993] 1 W.W.R. 639, 15 C.B.R. (3d) 143, et du juge MacLeod, et qui a confirmé une décision du juge Hunt (1993), 9 Alta. L.R. (3d) 349, 139 A.R. 295, [1993] 5 W.W.R. 756, [1994] 1 C.T.C. 108, 5 P.P.S.A.C. (2d) 117, concernant l'ordre de priorité. Pourvois accueillis, les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Michael J. Lema*, pour l'appelante.

Argumentation écrite seulement par *J. Gary Greenan* et *Scott Watson*, pour l'intimé le Province of Alberta Treasury Branches.

Jeffery D. Vallis et *C. Bryce Code*, pour l'intimée la Banque Toronto-Dominion.

The judgment of La Forest, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges La Forest, Cory et McLachlin rendu par

1 CORY J. — At issue on these appeals is whether, on the facts of this case, lending institutions are secured creditors pursuant to the provisions of s. 224 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (*ITA*) and s. 317 of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (*ETA*), which are practically identical in their provisions.

LE JUGE CORY — Il s'agit en l'espèce de déterminer si, d'après les faits, les établissements de crédit sont des créanciers garantis conformément aux dispositions pratiquement identiques de l'art. 224 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (*LIR*), et de l'art. 317 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (*LTA*).

2 The facts giving rise to these appeals and the decisions of the court below have been ably set out in the reasons of Justice Major.

Le juge Major expose fort bien, dans ses motifs, les faits à l'origine des présents pourvois et les décisions des tribunaux d'instance inférieure.

3 Both the *ITA* and the *ETA* provide for the collection of funds due to the federal government by way of income tax deductions from the wages of employees and for the remission of monies owing for the Goods and Services Tax (GST). The sections under review provide for the recovery of monies owing from those who are responsible for the collection and remission of income tax deductions and GST collections by way of garnishment. This system of collection and remission of income tax is exceedingly important. For example, in 1987 some 87 per cent of all personal income tax was collected through employer's deduction and remission.

La *LIR* et la *LTA* prescrivent toutes les deux la perception de fonds dus au gouvernement fédéral par voie de retenues fiscales sur les salaires d'employés, ainsi que le versement des sommes dues au titre de la taxe sur les produits et services (TPS). Les dispositions examinées prévoient le recouvrement, au moyen d'une saisie-arrêt, des sommes dues auprès des personnes responsables de la perception et du versement des retenues fiscales et de la TPS. Ce régime de perception et de versement de l'impôt sur le revenu est extrêmement important. Par exemple, en 1987, quelque 87 pour 100 de l'impôt sur le revenu des particuliers a été perçu au moyen des retenues et des versements effectués par les employeurs.

4 In the cases under consideration, the company responsible for collection and remission of income tax and GST borrowed money from a lending institution. To secure their indebtedness the debtor companies made a general assignment of book debts (GABD) to the lending institution. If the submissions of the appellant prevail then the Government of Canada will recover the monies which ought to be paid to it by way of employees' income tax or GST. If the respondents are correct in their position, then the lending institutions will retain the funds which have come into their possession as a result of the GABD. Thus the decision in this case will have a very real significance for both the federal government and lending institutions.

Dans les présents pourvois, la société responsable de la perception et du versement de l'impôt sur le revenu et de la TPS avait emprunté une somme à un établissement de crédit. Pour garantir leur emprunt, les sociétés débitrices avaient consenti une cession générale de créances comptables à l'établissement de crédit. Si l'appelante obtient gain de cause, le gouvernement du Canada recouvrera alors les sommes qui devraient lui être versées au titre de l'impôt sur le revenu des employés ou de la TPS. Par contre, si les intimés ont raison, les établissements de crédit conserveront alors les fonds qui sont tombés en leur possession par suite de la cession générale de créances comptables. En conséquence, la décision en l'espèce revêt une très grande importance pour le gouvernement fédéral et les établissements de crédit.

In essence, s. 224(1.2) provides a form of garnishment enabling the federal government to intercept monies owed to tax debtors. It is not available for the collection of income tax generally, but is limited to the recovery of funds owing by a person or company which has withheld monies from another person, usually an employee, for income tax purposes pursuant to s. 153 *ITA* and has failed to remit the withheld amounts to the federal government. A similar garnishment remedy is provided by s. 317(3) *ETA*. It is applicable in circumstances where a company or an individual has failed to remit GST which was collected as required by the provisions of the *ETA*.

Major J. has concluded that the Alberta Court of Appeal was correct in finding that an assignee of a GABD is not a "secured creditor" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA* or s. 317(3) *ETA* because the assignee does not hold a security interest "in the property of another person". Rather, the assignee is the owner of those book debts. With respect I cannot agree with that conclusion. However I am in complete agreement with these conclusions:

1. The definition of "security interest" is broad enough to include a general assignment of book debts even where that assignment is absolute.
2. The wording of s. 224(1.2) *ITA* as amended in 1990 is sufficiently clear and non-equivocal to allow a transfer of property in the garnished funds to the Minister of National Revenue (MNR) and to grant him a priority in circumstances where the balance of the section applies.

The Provisions of the GABD Made in These Cases

It would be helpful first to consider the assignment of book debts made in these cases in order to ascertain the apparent intentions of the parties. The two assignments in which the Treasury Branch was the lender provide:

Le paragraphe 224(1.2) prescrit essentiellement une procédure de saisie-arrêt qui permet au gouvernement fédéral d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux. Ce type de saisie-arrêt ne peut servir au recouvrement des créances fiscales en général. Il ne vise que le recouvrement de sommes dues par une personne ou une société qui a, en vertu de l'art. 153 *LIR*, prélevé des sommes auprès d'une autre personne, habituellement un employé, et qui a omis de verser les montants retenus au gouvernement fédéral. Le paragraphe 317(3) *LTA* prévoit l'application d'une procédure similaire de saisie-arrêt dans le cas où une société ou un particulier a omis de verser la TPS perçue conformément aux dispositions de la *LTA*.

Le juge Major a conclu que la Cour d'appel de l'Alberta a eu raison de statuer que le titulaire d'une cession générale de créances comptables n'est pas un «créancier garanti» au sens du par. 224(1.3) *LIR* ou du par. 317(3) *LTA*, parce que celui-ci ne détient pas une garantie «sur un bien d'une autre personne». Le titulaire d'une telle cession est plutôt propriétaire des créances comptables. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion. Cependant, je suis entièrement d'accord avec les conclusions suivantes:

1. La définition du terme «garantie» est suffisamment large pour comprendre une cession générale de créances comptables même s'il s'agit d'une cession absolue.
2. Le libellé du par. 224(1.2) *LIR*, modifié en 1990, est suffisamment clair et net pour permettre de transférer au ministre du Revenu national (MRN) la propriété des fonds saisis-arrêtés et lui accorder la priorité dans les circonstances où le reste de la disposition s'applique.

Les dispositions de la cession générale de créances comptables consentie dans les présentes affaires

Il serait utile d'examiner tout d'abord la cession de créances comptables consentie dans les présentes affaires afin de déterminer les intentions apparentes des parties. Voici comment étaient formulées les deux cessions consenties au prêteur Treasury Branch:

THE PRESENT assignment and transfer shall be a continuing collateral security to Treasury Branches for the payment of all and every present and future indebtedness and liability of the undersigned to Treasury Branches. . . . [Emphasis added.]

To a similar effect, the Toronto Dominion assignment reads in part:

PROVIDED and it is hereby distinctly understood and agreed that these presents are and shall be a continuing collateral security to the Bank for the general balance due at any time by the Assignor to the Bank. . . .

PROVIDED ALWAYS and it is hereby distinctly agreed that these presents are and shall be continuing and collateral security to the present and any future indebtedness of the Assignor to the Bank. . . . [Emphasis added.]

8

Further, all the assignments limit liability to the extent of the outstanding indebtedness. Thus, if the loan secured by the GABD was repaid the Bank or Treasury Branch would have no further interest in the assignment. The documents themselves refer to the assignment as being a continuing collateral security for the payment of the indebtedness. The clear intention of the parties is that the assignment is given as security for the payment of a debt and upon payment of the debt the GABD is to be of no force or effect. That is to say the lending institution could not, after payment of the debt, make use of the GABD to realise upon any of the book debts of the assignor. In my view since the assignment by its terms can be redeemed by payment of the debt it cannot or at least should not be construed as an absolute assignment.

9

Neither the lending institutions nor the debtor companies by their actions gave any indication that the respondents were the owners of the book debts. This is demonstrated by the fact that the lending institutions made no efforts whatsoever to realise upon the book debts or in any way to act as "owners" of them until the debtor companies were obviously in severe financial difficulty if not bankrupt.

[TRADUCTION] La cession et le transfert effectués AUX PRÉSENTES constituent une garantie accessoire et permanente en faveur de Treasury Branches au titre du paiement de toute créance et dette, présentes et futures, de la soussignée à Treasury Branches . . . [Je souligne.]

Dans la même veine, la cession consentie à la Banque Toronto-Dominion prévoyait notamment:

[TRADUCTION] SOUS RÉSERVE, et il est clairement entendu et convenu que les présentes constituent une garantie accessoire et permanente en faveur de la Banque pour tout solde général dû, à quelque moment que ce soit, par le cédant à la Banque . . .

TOUJOURS SOUS RÉSERVE, et il est clairement convenu que les présentes constituent une garantie accessoire et permanente au titre de toute créance, présente et future, du cédant à la Banque . . . [Je souligne.]

De plus, toutes les cessions limitent la dette au montant de la créance impayée. En conséquence, si le prêt garanti par la cession générale de créances comptables était remboursé, la Banque ou le Treasury Branch n'aurait plus aucun autre droit sur la cession. Les documents mêmes précisent que la cession constitue une garantie accessoire et permanente au titre du paiement de la créance. Les parties voulaient clairement que la cession générale de créances comptables constitue une garantie au titre du paiement d'une créance et qu'elle ne soit plus exécutoire une fois le paiement effectué. Cela signifie que l'établissement de crédit ne pourrait, une fois la créance payée, se servir de cette cession générale de créances comptables pour procéder à la réalisation de l'une ou l'autre des créances comptables du cédant. À mon avis, puisque l'acte de cession prévoit que la cession peut être rachetée par le paiement de la créance, celle-ci ne peut ou tout au moins ne devrait pas être interprétée comme une cession absolue.

Ni les établissements de crédit ni les sociétés débitrices n'ont agi de façon à indiquer que les intimés étaient propriétaires des créances comptables. Cela ressort du fait que les établissements de crédit n'ont nullement cherché à réaliser les créances comptables ou à se comporter, de quelque manière que ce soit, comme «propriétaires» de ces créances jusqu'à ce que les sociétés débitrices

Only then did the lending institutions seek to realise upon their security. Both the wording of the documents and the actions of the parties indicate that they regarded the assignment to be given as collateral security for the indebtedness. In commercial affairs, it is well known that a GABD is indeed a means of granting collateral security for a debt. In my view, so long as the possibility of redemption exists, the GABD remains as collateral security.

In light of this customary commercial understanding of a GABD, it may be helpful to review the legislation to determine if, by its wording, it renders a GABD something other than collateral security for a debt and makes the assignee the owner of the book debts.

Pertinent Provisions of the *ITA* and the *ETA* and Their History

As Major J. pointed out, prior to 1987 the provisions of the garnishment remedy in the *ITA* (s. 224(1)) were almost unanimously interpreted by the courts in such a way that a demand made under the section was ineffective to attach any of the assigned debts. The courts held that by the assignment the tax debtor had transferred all its interest in the accounts to the assignee with the result that there was nothing left for the Minister of National Revenue (MNR) to attach by garnishment.

In an attempt to address these decisions, Parliament amended the *ITA* in 1987 by adding two new subsections. They provided that the MNR could garnish funds owed by a tax debtor to a "secured creditor" and defined the terms "secured creditor" and "security interest". As Major J. observed, there was a divergence of opinion in the provincial courts of appeal as to whether the 1987 amend-

soient de toute évidence en grave difficulté financière, pour ne pas dire en faillite. Ce n'est qu'à ce moment que les établissements de crédit ont cherché à réaliser leur garantie. Le texte des documents et les actions des parties indiquent qu'elles considéraient que la cession avait été consentie à titre de garantie accessoire relativement aux créances. En matière commerciale, il est bien connu qu'une cession générale de créances comptables est, en fait, un moyen d'accorder une garantie accessoire relativement à une dette. À mon avis, dans la mesure où il existe une possibilité de rachat, la cession générale de créances comptables demeure une garantie accessoire.

Compte tenu de la façon dont une cession générale de créances comptables est habituellement interprétée en matière commerciale, il peut être utile d'examiner la mesure législative pour déterminer si, par sa formulation, elle fait de la cession générale de créances comptables autre chose qu'une garantie accessoire au titre d'une créance et si elle rend le cessionnaire propriétaire des créances comptables.

Les dispositions pertinentes de la *LIR* et de la *LTA* et leur historique

Comme l'a fait remarquer le juge Major, avant 1987, les tribunaux ont considéré quasi unanimement que les dispositions de la *LIR* relatives à la saisie-arrêt (par. 224(1)) ne permettaient pas de saisir-arrêter les créances cédées. Les tribunaux ont conclu que le débiteur fiscal avait, par la cession, transféré en totalité au cessionnaire son droit sur ses comptes, de sorte qu'il ne restait rien sur quoi pouvait porter la saisie-arrêt du ministre du Revenu national (MRN).

Pour tenter de donner suite à ces décisions, le Parlement a modifié la *LIR* en 1987, en y ajoutant deux nouveaux paragraphes. Ces paragraphes prévoyaient que le MRN était habilité à saisir-arrêter les sommes dues par un débiteur fiscal à un «créancier garanti», et définissaient les expressions «créancier garanti» et «garantie». Comme l'a fait remarquer le juge Major, les cours d'appel des pro-

10

11

12

ments permitted the MNR to effectively garnish funds in the hands of an assignee of a GABD.

13

In order to further clarify the situation and resolve the differences of opinion in the appellate courts, Parliament again amended the *ITA* with the apparent aim of granting priority to the MNR. It may be helpful to set out s. 224(1.2) *ITA* as it now appears following the 1990 amendment:

224. . . .

(1.2) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy Act*, any other enactment of Canada, any enactment of a province or any law, where the Minister has knowledge or suspects that a particular person is or will become, within 90 days, liable to make a payment

- (a) to another person (in this subsection referred to as the "tax debtor") who is liable to pay an amount assessed under subsection 227(10.1) or a similar provision, or
- (b) to a secured creditor who has a right to receive the payment that, but for a security interest in favour of the secured creditor, would be payable to the tax debtor,

the Minister may, by registered letter or by a letter served personally, require the particular person to pay forthwith, where the moneys are immediately payable, and in any other case, as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor or the secured creditor in whole or in part to the Receiver General on account of the tax debtor's liability under subsection 227(10.1) or a similar provision, and on receipt of that letter by the particular person, the amount of those moneys that is required by that letter to be paid to the Receiver General shall, notwithstanding any security interest in those moneys, become the property of Her Majesty and shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest. [Emphasis added.]

(1.3) In subsection (1.2),

"secured creditor" means a person who has a security interest in the property of another person or who acts for or on behalf of that person with respect to the security interest and includes a trustee appointed under a trust deed relating to a security interest, a

vinces ont eu des opinions divergentes quant à savoir si les modifications de 1987 permettaient au MRN de saisir-arrêter les sommes entre les mains du titulaire d'une cession générale de créances comptables.

Afin de clarifier davantage la situation et de résoudre les divergences d'opinions des cours d'appel, le Parlement a modifié de nouveau la *LIR* dans le but apparent d'accorder la priorité au MRN. Il peut être utile de reproduire le par. 224(1.2) *LIR*, tel qu'il se présente depuis la modification de 1990:

224. . . .

(1.2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite*, tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial et toute règle de droit, s'il sait ou soupçonne qu'une personne donnée est ou deviendra, dans les 90 jours, débiteur d'une somme:

- a) soit à un débiteur fiscal, à savoir une personne redevable d'un montant cotisé en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposition semblable;
- b) soit à un créancier garanti, à savoir une personne qui, grâce à une garantie en sa faveur, a le droit de recevoir la somme autrement payable au débiteur fiscal,

le ministre peut, par lettre recommandée ou signifiée à personne, obliger la personne donnée à payer au receveur général tout ou partie de cette somme, sans délai si la somme est payable immédiatement, sinon dès qu'elle devient payable, au titre du montant de la cotisation en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposition semblable dont le débiteur fiscal est redevable. Sur réception de la lettre par la personne donnée, la somme qui y est indiquée comme devant être payée devient, malgré toute autre garantie au titre de cette somme, la propriété de Sa Majesté et doit être payée au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de cette somme. [Je souligne.]

(1.3) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1.2).

«créancier garanti» Personne qui a une garantie sur un bien d'une autre personne — ou qui est mandataire de cette personne quant à cette garantie —, y compris un fiduciaire désigné dans un acte de fiducie portant sur la garantie, un séquestre ou séquestre-gérant nommé

receiver or receiver-manager appointed by a secured creditor or by a court on the application of a secured creditor, a sequestrator or any other person performing a similar function;

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

The question then is how should these sections be interpreted. At the outset it should be remembered that Parliament was responding to the division of opinion in the appellate courts and attempting to make it clear that the MNR could undertake garnishment procedure in those situations where a GABD has been made. The appropriate principles to be considered in interpreting taxation legislation were clearly set out in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at pp. 112-14. There the principles were summarized in these words:

C. Principles of Interpretation

The central question on this appeal of whether the appellant is entitled to take advantage of the inventory valuation method in s. 10 of the Act involves a careful examination of the wording of the provisions of the Act and a consideration of the proper interpretation of these sections in the light of the basic structure of the Canadian taxation scheme which is established in the *Income Tax Act*.

In interpreting sections of the *Income Tax Act*, the correct approach, as set out by Estey J. in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, is to apply the plain meaning rule. Estey J. at p. 578 relied on the following passage from E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

par un créancier garanti ou par un tribunal à la demande d'un créancier garanti, un administrateur-séquestre ou une autre personne dont les fonctions sont semblables à celles de l'une de ces personnes.

«garantie» Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, *mortgages*, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

Il s'agit alors de déterminer comment ces dispositions devraient être interprétées. Au départ, il faudrait se rappeler que le Parlement réagissait à la divergence d'opinions des cours d'appel et tentait d'établir clairement que le MRN pourrait procéder à une saisie-arrêt dans les cas où il y aurait eu une cession générale de créances comptables. Les principes dont il faut tenir compte dans l'interprétation des lois fiscales sont clairement énoncés dans l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, aux pp. 112 à 114, où ils sont résumés en ces termes:

C. Principes d'interprétation

La question principale soulevée dans le présent pourvoi, soit celle de savoir si l'appellant a le droit de se prévaloir de la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire prévue à l'art. 10 de la Loi, nécessite un examen attentif du libellé des dispositions de la Loi, de même qu'une étude de l'interprétation qu'il convient de donner à ces articles à la lumière de la structure de base du régime fiscal canadien établi dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Pour interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient, comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, d'appliquer la règle du sens ordinaire. À la page 578, le juge Estey se fonde sur le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger, intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

The principle that the plain meaning of the relevant sections of the *Income Tax Act* is to prevail unless the transaction is a sham has recently been affirmed by this Court in *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312. Iacobucci J., writing for the Court, held at pp. 326-27 that:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed: *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 194; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

I accept the following comments on the *Antosko* case in P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), Section 22.3(c) "Strict and purposive interpretation", at pp. 453-54:

It would introduce intolerable uncertainty into the *Income Tax Act* if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision. . . . (The *Antosko* case) is simply a recognition that "object and purpose" can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the *Income Tax Act*. When a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose. Only when the statutory language admits of some doubt or ambiguity in its application to the facts is it useful to resort to the object and purpose of the provision.

Le principe voulant que le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévale, à moins d'être en présence d'une opération simulée, a récemment été approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312. Le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, aux pp. 326 et 327:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté: *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 194; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

J'accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l'égard de l'arrêt *Antosko* dans l'ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), dans la section 22.3c) [TRADUCTION] «Interprétation stricte et fondée sur l'objet visé», aux pp. 453 et 454:

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition. [. . .] (L'arrêt *Antosko*) ne fait que reconnaître que «l'objet» ne peut jouer qu'un rôle limité dans l'interprétation d'une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n'est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu'il est utile de recourir à l'objet de la disposition.

En conséquence, lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Je reconnais que des juristes habiles pourraient probablement déceler une ambiguïté dans une demande aussi simple que «fermez la porte, s'il vous plaît», et très certainement même dans le plus court et le plus clair des dix commandements. Cependant, l'historique même de la présente

Thus, when there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. I recognize that agile legal minds could probably find an ambiguity in as simple a request as "close the door please" and most certainly in even the shortest and clearest of the ten commandments. However, the very history of this case with the clear differences of opinion expressed as between

the trial judges and the Court of Appeal of Alberta indicates that for able and experienced legal minds, neither the meaning of the legislation nor its application to the facts is clear. It would therefore seem to be appropriate to consider the object and purpose of the legislation. Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the "scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". What then was Parliament's intention in enacting the 1990 legislation?

The Purpose of the Legislation

There can be no doubt of the importance of levying taxation. The *ITA* entrusts to employers the duty of deducting income tax from the wages of employees and remitting it on their behalf. Similarly the *ETA* imposes on those who provide goods and services to others the duty to collect and remit the GST which is payable. In essence, companies collect taxes which they hold in trust for the government.

The purpose of the 1987 legislation, which I think is even more appropriately applied to the 1990 legislation, was very clearly and forcefully set forth in *Pembina on the Red Development Corp. v. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481 (Man. C.A.). There, at pp. 488-89, Scott C.J.M. observed:

To determine the dominant characteristic of the legislation, it is important to know the governmental policy behind the section. The tax debtor's bank is in the best position to know its customer and to structure its business arrangements accordingly. Revenue Canada, on the other hand, does not have the same opportunity to become acquainted with the affairs of the tax debtor or its creditors. It must therefore rely solely on the provisions of the legislation to mandate the employer to remit the employee income tax deductions as required by the [Income Tax] Act, and to establish its collectability in the event of default.

affaire, conjugué aux divergences évidentes d'opinions entre les juges de première instance et la Cour d'appel de l'Alberta, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Il semblerait donc convenir d'examiner l'objet de la mesure législative. Même si l'ambiguïté n'était pas apparente, il importe de signaler qu'il convient toujours d'examiner «l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause. Quelle était alors l'intention du Parlement lorsqu'il a adopté la mesure législative de 1990?

L'objet de la mesure législative

On ne saurait douter de l'importance de la levée d'impôts. La *LIR* impose aux employeurs l'obligation de retenir l'impôt sur le salaire de leurs employés et de le verser en leur nom. De même, la *LTA* impose à ceux qui fournissent des produits et services à autrui l'obligation de percevoir et de verser la TPS exigible. Essentiellement, les sociétés perçoivent des impôts qu'elles détiennent en fiducie pour le compte du gouvernement.

L'objet de la loi de 1987, qui, à mon avis, s'applique encore plus à la loi de 1990, a été exposé très clairement et avec vigueur dans l'arrêt *Pembina on the Red Development Corp. c. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481 (C.A. Man.). Dans cet arrêt, le juge en chef Scott fait remarquer, aux pp. 488 et 489:

[TRADUCTION] Pour déterminer la caractéristique dominante de la mesure législative, il importe de connaître la politique gouvernementale qui la sous-tend. La banque du débiteur fiscal est la mieux placée pour connaître son client et organiser ses affaires en conséquence. Par contre, Revenu Canada n'a pas la même chance de se familiariser avec les affaires du débiteur fiscal ou de ses créanciers. Il doit donc s'en remettre uniquement aux dispositions de la Loi pour exiger de l'employeur qu'il verse les montants d'impôt sur le revenu des employés qu'il a retenus conformément à la Loi [de l'impôt sur le revenu], et déterminer s'il pourra percevoir les montants en question en cas de défaut.

16

17

The purpose of the Act is not only to levy tax, but to collect it. There is a strong public duty on employers to remit; indeed, this is central to the scheme of self-assessment under the Act.

Further, Lyon J.A., dissenting in the result, stated at pp. 506-7:

One must always remember that the withholding tax or source deduction to which s. 224 applies is at the heart of the collection procedures for personal income taxation in Canada. Indeed, if one makes a calculation from the statistics reported in "Taxation Statistics, 1987," a publication of Revenue Canada Taxation, catalogue No. RV-1987, one finds that 87 per cent of all personal income taxes paid in Canada are collected by source deductions. It can thus be seen that Parliament in passing s. 224(1.2) made it as all-encompassing as it is in order to ensure its continued viability. No other system is so crucial to the overall collection procedure adopted by the Crown. Parliament clearly meant to protect this system. Using the employer as a tax collector requires such extra protection in cases such as the one at bar where the employer converts the withheld tax money to its own purposes. Understandably, that conversion cannot be countenanced if the integrity of that system is to be preserved. Parliament, therefore, acting within its constitutional authority, has taken this extraordinary remedy to protect a major collection source.

In my opinion it was intended by Parliament that anyone who, in the ordinary course of business, made credit arrangements with a tax debtor involving assignments of accounts receivable, did so subject to the overriding right of the Crown to satisfy the primary obligations of the tax debtor to collect and remit taxes withheld from its employees. The words of the statute can mean nothing less. The section is cast in the broadest of possible terms precisely because it was meant to interfere with and interrupt payments under such assignments and divert them to meet this statutory obligation. I do not know what other words Parliament could use to make its overriding intention and claim more clear.

18 These statements can be applied even more forcefully to the 1990 amendments. The Parliamentary intent was to confirm the overriding right

La Loi vise non seulement à lever des impôts, mais aussi à les percevoir. Les employeurs ont une obligation publique importante de verser les montants perçus; en fait, c'est un élément crucial du régime d'autocotisation prévu par la Loi.

Plus loin, le juge Lyon, dissident quant au résultat, affirme, aux pp. 506 et 507:

[TRADUCTION] Il faut toujours se rappeler que les retenues d'impôt ou les retenues à la source visées par l'art. 224 sont au cœur de la procédure de perception de l'impôt sur le revenu des particuliers au Canada. En réalité, si l'on fait un calcul à partir des statistiques publiées dans «Statistiques fiscales de 1987», publication de Revenu Canada, Impôt, n° de catalogue RV-1987, on constate que 87 pour 100 de l'impôt sur le revenu des particuliers est perçu au moyen de retenues à la source. On peut donc considérer qu'en adoptant le par. 224(1.2), le Parlement lui a donné ce caractère exhaustif de façon à en assurer la viabilité. Aucun autre régime n'est aussi crucial relativement à la procédure globale de perception adoptée par l'État. Le Parlement a nettement voulu protéger ce régime. Se servir de l'employeur comme percepteur d'impôt requiert une protection additionnelle dans des cas comme celui dont nous sommes saisis où l'employeur utilise les retenues d'impôt à ses propres fins. Naturellement, on ne saurait approuver cette utilisation si l'on veut préserver l'intégrité du régime. Le Parlement a donc adopté, conformément à sa compétence constitutionnelle, ce recours extraordinaire pour protéger une source importante de perception.

À mon avis, le Parlement a voulu que quiconque conclut, avec un débiteur fiscal, dans le cours normal de ses affaires, une entente de crédit assortie d'une cession de comptes débiteurs, le fasse sous réserve du droit prépondérant de l'État d'obtenir l'acquittement des principales obligations du débiteur en matière de perception et de versement des impôts prélevés auprès de ses employés. Le texte de la Loi ne signifie rien de moins. Cette disposition est rédigée de la manière la plus générale possible précisément parce qu'elle visait à interrompre les paiements effectués aux termes d'une telle cession et à les utiliser de manière à remplir l'obligation prévue par la Loi. Je ne vois pas comment le Parlement aurait pu exprimer plus clairement son intention et sa réclamation prépondérantes.

Ces propos peuvent s'appliquer avec encore plus de vigueur aux modifications de 1990. Le Parlement voulait confirmer le droit prépondérant du

of the MNR to collect by garnishment the taxes collected which ought to have been remitted by the debtor company to the MNR.

What is the Nature of a General Assignment of Book Debts?

Like Major J., I am of the view that a GABD is a form of security for a loan which is always subject to the right of the debtor to redeem. It will be remembered that s. 224(1.3) defines the "security interest" in these words:

"security interest" means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

This definition encompasses the general assignments of book debts which are at issue in these appeals. However, I cannot agree with Major J.'s conclusion that the creditors are not secured creditors. I find it difficult, indeed impossible, to conclude that the same document can be both a security interest and an absolute assignment. The same document cannot, simultaneously, embrace two such conflicting concepts.

Basically, security is something which is given to ensure the repayment of a loan. *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 1357, gives a clear definition of a "security interest" in these terms:

The term "security interest" means any interest in property acquired by contract for the purpose of securing payment or performance of an obligation or indemnifying against loss or liability. A security interest exists at any time, (A) if, at such time, the property is in existence and the interest has become protected under local law against a subsequent judgment lien arising out of an unsecured obligation, and (B) to the extent that, at such time, the holder has parted with money or money's worth.

MRN de recouvrer par voie de saisie-arrêt les impôts perçus que la société débitrice aurait dû lui verser.

Quelle est la nature d'une cession générale de créances comptables?

À l'instar du juge Major, j'estime qu'une cession générale de créances comptables constitue une forme de garantie relative à un prêt, qui sera toujours assujettie au droit de rachat du débiteur. Qu'on se rappelle la définition du terme «garantie», contenue au par. 224(1.3):

«garantie» Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, *mortgages*, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

Cette définition inclut les cessions générales de créances comptables en cause dans les présents pourvois. Cependant, je ne puis souscrire à la conclusion du juge Major que les créanciers ne sont pas des créanciers garantis. J'estime qu'il est difficile, voire impossible, de conclure que le même document peut constituer à la fois une garantie et une cession absolue. Le même document ne saurait englober simultanément deux concepts aussi contradictoires.

Fondamentalement, une garantie est quelque chose que l'on donne pour assurer le remboursement d'un prêt. *Le Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990), à la p. 1357, définit clairement l'expression «*security interest*»:

[TRADUCTION] Le terme «garantie» («*security interest*») désigne tout droit sur un bien acquis par contrat aux fins de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation ou l'indemnisation d'une perte ou d'une dette. Une garantie existe, à un moment donné, (A) si le bien existe à ce moment et si le droit sur ce bien est protégé en vertu du droit interne contre un privilège ultérieur constitué par jugement relativement à une obligation non garantie, et (B) dans la mesure où, à ce moment, le titulaire a déboursé une somme ou renoncé à une valeur en argent.

21 This definition is consistent with that set out in the *ITA*. It is in sharp contrast to the definition of the word “absolute” set out in the same source at p. 9 in these terms:

Complete; perfect; final, without any condition or incumbrance; as an absolute bond (*simplex obligatio*) in distinction from a conditional bond. Unconditional; complete and perfect in itself; without relation to or dependence on other things or persons.

22 These definitions are, in my view, correct. If that is the case, then it can be seen that the same instrument cannot be both a “security interest” and an “absolute assignment”. If an instrument is an absolute assignment, then since it is complete and perfect in itself, there cannot be a residual right remaining with the debtor to recover the assets. By definition, a complete and perfect assignment cannot recognize the concept of an equity of redemption. An absolute assignment cannot function as a means of “securing” the payment of a debt since there would be no basis for the debtor to recover that which has been absolutely assigned. An absolute assignment is irrevocable. To say that the same instrument can operate both as an absolute assignment and as a security interest is to simultaneously put forward two incompatible positions. The two conflicting concepts cannot live together in the same document.

Cases Which Have Considered the Nature of a General Assignment of Book Debts

23 Major J. expressed the opinion that it is “well-established law” that a GABD, such as those in issue, has the effect of transferring all title and ownership in the property assigned so that they can no longer be considered to be the property of the assignor. Yet ordinarily, in the world of commerce, a GABD is considered to be a security interest. As a security interest, it simply cannot transfer all “right, title and ownership in and to the property assigned”. This conclusion has found support in other cases.

24 In *Thermo King Corp. v. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369 (C.A.), leave to

Cette définition est compatible avec celle formulée dans la *LIR*. Elle contraste vivement avec celle du terme «*absolute*» («absolu»), que l’on trouve à la p. 9 du même ouvrage:

[TRADUCTION] Complet; parfait; final, sans condition ni privilège; comme une garantie absolue (*simplex obligatio*) par rapport à une garantie conditionnelle. Inconditionnel; complet et parfait en soi; sans rapport ni dépendance avec d’autres choses ou d’autres personnes.

À mon avis, ces définitions sont exactes. Si c’est le cas, le même écrit ne saurait alors constituer à la fois une «garantie» et une «cession absolue». Si un écrit constitue une cession absolue, le débiteur ne peut alors conserver un droit résiduel de recouvrer les biens puisqu’une telle cession est complète et parfaite en soi. Par définition, une cession complète et parfaite ne peut reconnaître le concept d’un droit de rachat. Une cession absolue ne peut servir à «garantir» le paiement d’une dette puisque le débiteur n’aurait aucune raison de recouvrer ce qui a fait l’objet d’une cession absolue. Une cession absolue est irrévocable. Affirmer que le même écrit peut constituer à la fois une cession absolue et une garantie revient à avancer simultanément deux points de vue incompatibles. Ces deux concepts contradictoires ne peuvent coexister dans le même document.

La jurisprudence dans laquelle la nature d’une cession générale de créances comptables a été examinée

Le juge Major affirme qu’il est «bien établi en droit» qu’une cession générale de créances comptables, comme celles dont il est question, a pour effet de transférer en totalité le titre et la propriété relatifs au bien cédé de sorte qu’il ne peut plus être considéré comme le bien du cédant. Pourtant, en matière commerciale, une cession générale de créances comptables est habituellement considérée comme une garantie. En tant que garantie, elle ne peut tout simplement pas transférer en totalité «le droit, le titre et la propriété relatifs au bien cédé». D’autres arrêts appuient cette conclusion.

Dans l’arrêt *Thermo King Corp. c. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369 (C.A.),

appeal refused, [1982] 1 S.C.R. xi, Wilson J.A. (as she then was) held, for a unanimous court, that a GABD is a security document. In that case she was required to consider an instrument which was very similar if not identical to those presented in these appeals. At p. 381 she concluded:

While these provisions appear on their face to constitute the assignor a trustee for the bank of any payments it receives from its customers and to permit the bank to appropriate them at will, *whether or not any debt is then due to the bank by the assignor*, this seems to be quite incompatible with the nature of the instrument as a collateral security. [Emphasis in original.]

Similarly, in *Bonavista (Town) v. Atlantic Technologists Ltd.* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 19, Osborn J. considered a GABD. He wrote (at p. 24):

One may ask, if the assignment is absolute to the point of ownership, why does it specifically give to the Bank the power to collect or dispose of the debts. Are not such powers incidents of ownership? Similarly, if the assignment is absolute, what remaining rights reside in the customer that may be “extinguished” if the Bank buys the accounts at a sale?

In my view, the assignment contemplates that it will operate as a security interest. It vests in the Bank title to the debts owed to Atlantic, but such vesting is for the purpose of security; it is not to transfer ownership, as that term is commonly understood. . . . The Bank is a “secured creditor”. The nature of the interest held by the Bank, even if considered to be an absolute assignment, cannot be divorced from the circumstances in which it arose. The commercial reality is that the Bank held a security interest in the property of Atlantic. Atlantic transferred its receivable to the Bank to secure payment of money Atlantic owed to the Bank. Once Atlantic paid off the Bank, it was entitled, not to a reassignment of the debt, but, by the wording of the assignment, “to the cancellation hereof”. The Bank was a secured creditor holding a security interest. [Emphasis added.]

I agree with the reasoning expressed in these cases. As well, I would note that the Newfoundland Court of Appeal in *Bank of Montreal v. Baird*

autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. xi, le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour) a statué, au nom de la Cour d’appel à l’unanimité, qu’une cession générale de créances comptables est un document de garantie. Dans cette affaire, elle devait examiner un écrit très semblable, voire identique, à ceux dont il est question dans les présents pourvois. Elle conclut, à la p. 381:

[TRADUCTION] Bien que ces dispositions paraissent à première vue faire du cédant un fiduciaire de la banque relativement aux paiements qu’il reçoit de ses clients, et permettre à la banque de les affecter comme elle l’entend, peu importe *que le cédant ait alors ou non une dette échue envers la banque*, cela semble tout à fait incompatible avec la nature de l’écrit en tant que garantie accessoire. [En italique dans l’original.]

De même, dans *Bonavista (Town) c. Atlantic Technologists Ltd.* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 19, le juge Osborn a examiné une cession générale de créances comptables. Il écrit, à la p. 24:

[TRADUCTION] On peut se poser la question suivante: si la cession est absolue au point de transférer la propriété, pourquoi donne-t-elle expressément à la banque le pouvoir de recouvrer les créances ou d’en disposer? De tels pouvoirs ne sont-ils pas accessoires au droit de propriété? De même si la cession est absolue, quels sont les droits résiduels du client qui risquent d’être «éteints» si la banque achète les comptes lors d’une vente?

À mon avis, l’acte de cession prévoit qu’elle servira de garantie. Il attribue à la banque le titre relatif aux créances payables à Atlantic, mais cette attribution vise à constituer une garantie; elle ne transfère pas la propriété du bien, au sens que l’on donne habituellement à ce terme. [. . .] La banque est un «créancier garanti». La nature du droit détenu par la banque, même considéré comme une cession absolue, ne saurait être dissociée des circonstances qui y ont donné naissance. Sur le plan commercial, il reste que la banque détenait une garantie sur le bien d’Atlantic. Atlantic a transféré son compte débiteur à la banque pour garantir le paiement des sommes qu’elle lui devait. Après avoir payé la banque, Atlantic avait droit, aux termes de l’acte de cession, «à l’annulation de cette cession» et non à une rétrocession de la créance. La banque était un créancier garanti titulaire d’une garantie. [Je souligne.]

Je suis d’accord avec le raisonnement exprimé dans ces arrêts. De même, je tiens à préciser que, dans l’arrêt *Bank of Montreal c. Baird* (1979), 33

(1979), 33 C.B.R. (N.S.) 256, leave to appeal refused, [1980] 1 S.C.R. v, dealt with a GABD as a security interest. Further, the New Brunswick Court of Appeal in *R.V. Demmings & Co. v. Caldwell Construction Co.* (1955), 4 D.L.R. (2d) 465, found that a bank holding a GABD was a secured creditor, subject to an equity of redemption in the assignor company.

C.B.R. (N.S.) 256, autorisation de pourvoi refusée, [1980] 1 R.C.S. v, la Cour d'appel de Terre-Neuve a traité une cession générale de créances comptables comme une garantie. En outre, dans l'arrêt *R.V. Demmings & Co. c. Caldwell Construction Co.* (1955), 4 D.L.R. (2d) 465, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué qu'une banque titulaire d'une cession générale de créances comptables était un créancier garanti, sous réserve d'un droit de rachat de la part de la société cédante.

26 I also find support for this conclusion from the reasoning in cases which considered a situation similar to that created by a GABD. These cases arise when a borrower grants to a lending institution a fixed charge or mortgage based upon the borrower's present and future stock-in-trade and inventory but reserves to the borrower the right to make sales of the stock-in-trade and inventory in the ordinary course of business.

Cette conclusion s'appuie également sur le raisonnement suivi dans des affaires concernant une situation semblable à celle engendrée par une cession générale de créances comptables. Pareils cas se présentent lorsqu'un emprunteur consent à un établissement de crédit une charge fixe ou un *mortgage* sur ses stocks de marchandises et inventaire présents et futurs, tout en se réservant le droit de les vendre dans le cours normal des affaires.

27 In *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 273, McLachlin J.A. (as she then was), on behalf of the majority of the Court of Appeal, considered the manner in which courts have dealt with such instruments and in so doing, reached the following conclusions at p. 303:

Dans l'arrêt *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 273, le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour) a examiné, au nom de la Cour d'appel à la majorité, la façon dont les tribunaux ont traité de tels écrits et, ce faisant, elle est arrivée à la conclusion suivante (à la p. 303):

Generally speaking, the authorities draw a clear distinction between fixed and floating charges, recognizing nothing between and taking the view that any charge which permits dealing in the ordinary course of business must be regarded as floating. . . .

[TRADUCTION] En général, la jurisprudence établit une distinction claire entre les charges fixes et les charges flottantes, ne reconnaissant rien entre les deux et considérant qu'une charge qui permet des opérations dans le cours normal des affaires doit être considérée comme flottante . . .

28 She then went on, at pp. 303-4, to discuss the conceptual possibility of a fixed charge on stock-in-trade coupled with a licence to deal in those goods, a situation analogous to that which the lending institutions claim exists under a GABD. She noted at p. 305:

Elle examine ensuite, aux pp. 303 et 304, s'il est possible, sur le plan conceptuel, d'avoir une charge fixe sur un stock de marchandises assortie d'une autorisation de faire des opérations sur ces marchandises, situation analogue à celle qui, selon les établissements de crédit, existe lorsqu'il y a une cession générale de créances comptables. Elle souligne, à la p. 305:

The generally accepted view . . . is that such a charge should be regarded as floating rather than fixed because it involves no final and irrevocable appropriation of property to the creditor.

[TRADUCTION] Selon le point de vue généralement accepté [. . .] une telle charge devrait être considérée comme flottante et non fixe parce qu'elle ne comporte pas une attribution définitive et irrévocable de biens au créancier.

She also observed that the English courts have specifically rejected the possibility of an absolute assignment being coupled with a licence to deal (at pp. 305-6):

... this theory was soon rejected by the English courts, as is seen from the comments of Lord Buckley in *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.*, [1910] 2 K.B. 979 at 999 (C.A.):

A floating security is not a future security; it is a present security, which presently affects all the assets of the company expressed to be included in it. On the other hand, it is *not a specific security*; the holder cannot affirm that the assets are specifically mortgaged to him. The assets are mortgaged in such a way that the mortgagor can deal with them without the concurrence of the mortgagee. *A floating security is not a specific mortgage of the assets, plus a licence to the mortgagor to dispose of them in the course of his business, but is a floating mortgage applying to every item comprised in the security, but not specifically affecting any item until some event occurs or some act on the part of the mortgagee is done which causes it to crystallize into a fixed security.* [Emphasis added by McLachlin J.A.]

In determining whether a particular charge over book debts is fixed or floating, McLachlin J.A. referred (at p. 307) to R. A. Pearce in "Fixed Charges over Book Debts", [1987] J. Bus. L. 18, at p. 29:

... the essential characteristic for deciding whether a charge of book debts is fixed or floating is whether the book debts can be disposed of free from the charge; if they can, the charge is a floating charge, otherwise it is a fixed charge.

Modern authorities have accepted the either-or approach to fixed and floating charges upon which the courts settled in the late 19th and early 20th centuries. For example, they accept the conclusion that a fixed charge on book debts is inconsistent with the assignor having the freedom to deal with proceeds in the course of his business: see *Siebe Gorman & Co. v. Barclays Bank Ltd.*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 143 (Ch. D.); *Re Armagh Shoes Ltd.*, [1982] N.I. 59 (Ch. D.); *Re Keenan Bros. Ltd.* (1985), 5 I.L.R.M. 641 (S.C.). In *Great Lakes*

Elle a également fait remarquer que les tribunaux anglais ont expressément écarté la possibilité d'une cession absolue assortie d'une autorisation de faire des opérations (aux pp. 305 et 306):

[TRADUCTION] ... cette théorie a vite été rejetée par les tribunaux anglais, comme l'indiquent les commentaires de lord Buckley dans l'arrêt *Evans c. Rival Granite Quarries Ltd.*, [1910] 2 K.B. 979, à la p. 999 (C.A.):

Une charge flottante n'est pas une charge future; c'est une charge actuelle qui grève tous les biens de la société spécifiés dans l'acte qui la constitue. Par contre, il ne s'agit pas d'une charge spécifique; le titulaire ne peut soutenir qu'il possède un *mortgage* spécifique sur ces biens. Les biens sont grevés d'un *mortgage* de telle façon que le débiteur sur *mortgage* peut faire des opérations sur ces biens sans l'approbation du créancier sur *mortgage*. *Une charge flottante n'est pas un mortgage spécifique sur les biens, assorti d'une autorisation consentie au débiteur sur mortgage de les aliéner dans le cours normal de ses affaires; c'est plutôt un mortgage général qui grève tout bien visé par la charge, mais qui n'affecte pas spécifiquement ces biens jusqu'à ce qu'un événement donné se produise ou jusqu'à ce que le créancier sur mortgage accomplisse un acte qui a pour effet de transformer cette charge en charge fixe.* [Italiques ajoutés par le juge McLachlin.]

Pour déterminer si une charge particulière sur des créances comptables est fixe ou flottante, le juge McLachlin renvoie (à la p. 307) à l'article de R. A. Pearce, intitulé «Fixed Charges over Book Debts», [1987] J. Bus. L. 18, à la p. 29:

[TRADUCTION] ... pour décider si une charge sur des créances comptables est fixe ou flottante, il s'agit essentiellement de savoir si ces créances peuvent être aliénées libres et quittes de toute charge; dans l'affirmative, la charge est flottante, sinon elle est fixe.

En ce qui concerne les charges fixes et flottantes, la jurisprudence moderne a accepté l'analyse dichotomique à laquelle les cours de justice en sont arrivées à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Par exemple, ils acceptent la conclusion qu'une charge fixe sur des créances comptables est incompatible avec le fait que le cédant ait la liberté de faire des opérations sur les produits dans le cours de ses affaires: voir *Siebe Gorman & Co. c. Barclays Bank Ltd.*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 143 (Ch. D.); *Re Armagh Shoes Ltd.*, [1982] N.I.

Petroleum Co. v. Border Cities Oil Ltd., [1934] O.R. 244, [1934] 2 D.L.R. 743 (C.A.), an assignment of book accounts which permitted the debtor to continue to "collect, get in, and deal with said debts, accounts, claims, moneys, and choses in action in the ordinary course of the business" was held to be a floating charge. The same result obtained in *R. v. Lega Fabricating Ltd.* (1980), 22 B.C.L.R. 145 (S.C.).

She indicated that the sole exception to this rule appeared to be the case of *Evans Coleman and Evans Ltd. v. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38 (B.C.C.A.), cited by Major J. in his reasons. Significantly she went on to observe at p. 307:

Why did the courts reject the concept of a fixed charge with a licence to deal? In doing so, they undeniably limited the freedom of debtor and creditor to contract as they might choose in an age when freedom of contract was paramount. The answer, it may be suggested, lies in the effects which recognition of such a concept would have upon the rights of third parties and general commercial activity, as well as the perceived injustice of allowing the debtor to trade freely while remaining immune from the normal incidents of legal process. As Fletcher-Moulton L.J. put it in *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.*, supra (p. 995):

The results of such a contention are astonishing; it means that by giving such a debenture a company retains the full right of trading with untied hands and at the same time obtains immunity from the operation of all processes of law. I should be slow to come to the conclusion that such an anomaly was recognized by the law. Nor do I think that it is. A consideration of the effect of floating charges and of the fact that the freedom of the company to carry on its business is not based on special words creating that freedom, but on the nature of the charge itself, leads me to the conclusion that the right of the company to carry on its business as it wills pending the enforcement of the security must mean that it may carry it on in accordance with law, including a liability to the processes of the law if it does not pay its debts.

Finally, at p. 309, McLachlin J.A. concluded:

In general, the courts have been unwilling to characterize charges which permit the debtor to deal with his property in the ordinary course of business as fixed

59 (Ch. D.); *Re Keenan Bros. Ltd.* (1985), 5 I.L.R.M. 641 (C.S.). Dans l'arrêt *Great Lakes Petroleum Co. c. Border Cities Oil Ltd.*, [1934] O.R. 244, [1934] 2 D.L.R. 743 (C.A.), on a statué que constituait une charge flottante une cession de créances comptables qui permettait au débiteur de continuer de «percevoir et d'effectuer des opérations sur lesdits comptes, créances, réclamations, sommes et droits incorporels dans le cours normal des affaires». On est arrivé à la même conclusion dans *R. c. Lega Fabricating Ltd.* (1980), 22 B.C.L.R. 145 (C.S.).

Le juge McLachlin a indiqué que la seule exception à cette règle semblait être l'arrêt *Evans Coleman and Evans Ltd. c. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38 (C.A.C.-B.), que le juge Major cite dans ses motifs. Fait révélateur, elle ajoute, à la p. 307:

[TRADUCTION] Pourquoi les tribunaux ont-ils rejeté le concept d'une charge fixe assortie d'une autorisation de faire des opérations? Ce faisant, ils ont incontestablement restreint la liberté des débiteurs et des créanciers de contracter comme ils l'entendent à une époque où prédominait la liberté contractuelle. La réponse, peut-on suggérer, réside dans les répercussions que la reconnaissance d'un tel concept aurait sur les droits des tiers et le commerce en général, et dans l'injustice apparente de permettre au débiteur de faire librement des opérations, à l'abri de l'application normale de la loi. Comme le lord juge Fletcher-Moulton l'affirme dans l'arrêt *Evans c. Rival Granite Quarries Ltd.*, précité (p. 995):

Une telle prétention donne des résultats étonnants; cela signifie qu'une société, qui consent une telle débenture, conserve le plein droit de faire des opérations, sans aucune restriction, et qu'elle se trouve, en même temps, à l'abri de toute application de la loi. Je devrais hésiter à conclure qu'une telle anomalie a été reconnue par la loi. Je ne crois pas non plus que ce soit le cas. L'examen de l'incidence des charges flottantes et du fait que la liberté de la société d'exercer ses activités est fondée non pas sur des termes spéciaux établissant cette liberté, mais sur la nature de la charge elle-même, m'amène à conclure que le droit de la société d'exercer ses activités à sa guise jusqu'à l'exécution de la charge signifie qu'elle doit les exercer conformément à la loi, tout en étant assujettie à l'application de la loi si elle ne paie pas ses dettes.

Enfin, le juge McLachlin conclut, à la p. 309:

[TRADUCTION] En général, les tribunaux ont refusé de qualifier de charges fixes, assorties d'une autorisation de vendre, les charges qui permettent au débiteur de

charges with licenses to sell. Rather, the courts have characterized such charges as floating, with the result that they give the chargeholder no priority over third parties prior to crystallization. . . . In short, the answer to the question of whether the courts have recognized a fixed charge subject to a licence to sell in the ordinary course of business is no

The Significance of the Equity of Redemption

For the resolution of these appeals, it is essential that there be a clear recognition of the fundamental difference between an absolute and a conditional assignment of book debts. In an absolute assignment, all interests are transferred and no property remains in the hands of the assignor. It is, simply, a sale of the book debts of the company. This is the basis of the business of factoring. Factoring is described in R. Burgess, *Corporate Finance Law* (2nd ed. 1992), at p. 100, in this manner:

“Factoring is a legal relationship between a financial institution (the factor) and a business concern (the client) selling goods or providing services to trade customers (the customers) whereby the factor purchases the client’s book debts either with or without recourse to the client and administers the client’s sales ledger.”

From this definition it is apparent that factoring arrangements involve:

- (1) the purchase of the client’s book debts;
- (2) the taking over and administration of the client’s sales ledger and credit control functions; and
- (3) the provision to the client of finance which will be a specified percentage of the nominal value of the debts.

The author goes on (at p. 101) to consider the requirements for an assignment of book debts under English law and observes that to be effective the assignment must be absolute. The text defines “absolute”, in these terms:

The ordinary legal meaning of “absolute” is unconditional, so, for an assignment to be absolute, it must not

faire des opérations sur ses biens dans le cours normal des affaires. Les tribunaux les ont plutôt qualifiées de charges flottantes, ne conférant ainsi à leur titulaire aucune priorité de rang sur des tiers avant la matérialisation. [. . .] Bref, il faut répondre par la négative à la question de savoir si les tribunaux ont reconnu l’existence d’une charge fixe assortie d’une autorisation de vendre dans le cours ordinaire des affaires

L’importance du droit de rachat

Pour trancher les présents pourvois, il est essentiel de reconnaître clairement la différence fondamentale qui existe entre une cession absolue et une cession conditionnelle de créances comptables. Une cession absolue transfère tous les droits et aucun bien ne demeure entre les mains du cédant. C’est simplement une vente de créances comptables de la société. C’est le fondement de l’affacturation. Voici comment R. Burgess décrit l’affacturation dans son ouvrage intitulé *Corporate Finance Law* (2^e éd. 1992), à la p. 100:

[TRADUCTION] «L’affacturation est une relation juridique entre une institution financière (la société d’affacturation) et une entreprise (le client) qui vend des marchandises ou fournit des services à des clients commerciaux (l’achalandage), en vertu de laquelle la société d’affacturation achète les créances comptables du client avec ou sans le concours de ce dernier et en administre le grand livre des ventes.»

Selon cette définition, une entente d’affacturation semble comporter les éléments suivants:

- 1) l’achat des créances comptables du client,
- 2) l’acquisition et l’administration du grand livre des ventes et des fonctions de contrôle du crédit du client, et
- 3) le financement du client qui correspond à un pourcentage précis de la valeur nominale des créances.

L’auteur examine ensuite (à la p. 101) les exigences d’une cession de créances comptables en vertu du droit anglais et fait remarquer que pour être efficace une cession doit être absolue. L’auteur définit ainsi le terme [TRADUCTION] «absolu»:

[TRADUCTION] En droit, le terme «absolu» signifie ordinairement inconditionnel, de sorte que pour qu’une

be conditional in any way; specifically, it must not purport to be by way of charge only.

cession soit absolue, elle ne doit être aucunement conditionnelle; plus précisément, elle ne doit pas être apparemment constituée par une charge seulement.

31 A factoring of accounts receivable is based upon an absolute assignment of them. It is in effect a sale by a company of its accounts receivable at a discounted value to the factoring company for immediate consideration. In my view, s. 224 *ITA* does protect those engaged in the factoring business and those lending institutions that have succeeded in perfecting their security interest prior to any intervention by the MNR. However, I cannot accept the submission that Parliament, by this section, intended to create an interest which was both conditional as a security interest and at the same time unconditional as an absolute assignment. There cannot have been an intent to combine such incompatible concepts.

Un affacturage de comptes débiteurs est basé sur leur cession absolue. C'est, en réalité, une société qui vend, selon leur valeur actualisée, ses comptes débiteurs à une société d'affacturage, moyennant contrepartie immédiate. À mon avis, l'art. 224 *LIR* protège les sociétés d'affacturage et les établissements de crédit qui ont réussi à réaliser leur garantie avant l'intervention du MRN. Cependant, je ne puis accepter l'idée que le Parlement a voulu, par cette disposition, créer un droit à la fois conditionnel en tant que garantie, et inconditionnel en tant que cession absolue. Il ne peut avoir eu l'intention de combiner des concepts aussi incompatibles.

32 Clearly a GABD does not meet the standard required for a factoring arrangement which requires an absolute transfer of the proprietary interest of the assignor in the book debts. Pursuant to the instruments presented in this case the borrower retains the right to redeem the book debts once the debt is paid off. This right of redemption irrefutably demonstrates that the assignment is something less than absolute.

De toute évidence, une cession générale de créances comptables ne satisfait pas au critère d'une entente d'affacturage qui exige un transfert absolu du droit de propriété que le cédant possède sur les créances comptables. Conformément aux écrits présentés en l'espèce, l'emprunteur conserve le droit de racheter les créances comptables une fois la dette payée. Ce droit de rachat démontre de façon irréfutable que la cession n'est pas absolue.

33 I agree with the MNR that what the actual equity of the borrower in the book debts may be from time to time is irrelevant for the purpose of determining the legal effect of the equity of redemption. It would be absurd if a company were to fluctuate between having title and not having title to their book debts based on their ratio of debt to assets. This is particularly true of a company engaged in a seasonal business. Yet if a GABD is treated as an absolute assignment, this can be the only result, as the bank is limited to recovering the amount of the loan. Since the bank could not recover any book debts if the company had a surplus in their account, the book debts would belong to the company. When there was a deficit, some or all of the book debts would belong to the bank. Such a fluctuating state of affairs is inconsistent with the certainty required in commercial matters. I believe that the correct view is that a GABD rep-

Je suis d'accord avec le MRN pour dire qu'il n'est pas pertinent de savoir quel peut être, à l'occasion, le droit réel de l'emprunteur sur les créances comptables lorsqu'il s'agit de déterminer l'incidence du droit de rachat sur le plan juridique. Il serait absurde qu'une société puisse tantôt détenir le titre sur ses créances comptables et tantôt ne pas le détenir, selon son ratio d'endettement. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une entreprise saisonnière. Cependant, si l'on considère une cession générale de créances comptables comme une cession absolue, c'est exactement ce qui se passe puisque la banque ne peut recouvrer que le montant du prêt. Puisque la banque ne pourrait recouvrer aucune créance comptable si la société accusait un surplus à son compte, les créances comptables appartiendraient à la société. En cas de déficit, une partie ou la totalité des créances comptables appartiendraient à la banque. Une situation

resents a security interest with the legal title being with the lender and the equitable title remaining with the borrower. This is supported both by the jurisprudence and by the wording of the section.

This Court, in *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061, interpreted “property of a bankrupt” in what is now s. 67 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, as including property subject to a security interest, even when the legal title to the property is transferred to the security holder. This indicates that the concept of “property” is not so narrow as to encompass only legal title. It would be inconsistent to hold in this case that a transfer of legal title by means of a GABD is an absolute transfer when it has already been held in another that an equity of redemption is a property interest which remains with the borrower.

The recent case of *Canada v. National Bank of Canada*, [1993] 2 F.C. 206, applied *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, *supra*, to provide an appropriate answer to the question as to whether or not a borrower under a GABD retains a property interest in the book debts. Rothstein J. held (at pp. 224-25):

Based on the reasoning of Houlden J. in *Re Broydon Printers*, *supra*, as approved by Lamer J. in *Federal Business Development Bank*, *supra*, the right of redemption of the book debts, in my view, comes within the definition of “property” in the *Bankruptcy Act*. As such, the reasoning of Lamer J. in *Federal Business Development Bank* would apply and the book debts would constitute “property of the bankrupt” for purposes of subsection 107(1) of the *Bankruptcy Act*.

In summary, an assignment cannot be both absolute and yet leave an equity of redemption in the

aussi changeante est incompatible avec la certitude requise en matière commerciale. À mon avis, il est correct d'affirmer qu'une cession générale de créances comptables représente une garantie dont le titre en common law appartient au prêteur et le titre en *equity* continue d'appartenir à l'emprunteur. C'est ce que confirment la jurisprudence et le texte de la disposition en cause.

Dans l'arrêt *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, notre Cour a affirmé que l'expression «biens d'un failli» contenue dans ce qui constitue maintenant l'art. 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, comprend les biens assujettis à une garantie, même lorsque le titre de propriété du bien en cause est transféré au titulaire de la garantie. Cela indique que le concept des «biens» n'est pas restrictif au point de ne viser que le titre de propriété. Il serait contradictoire de statuer en l'espèce qu'un transfert de titre de propriété au moyen d'une cession générale de créances comptables est absolu alors qu'il a déjà été statué dans un autre arrêt qu'un droit de rachat est un droit de propriété qui continue d'appartenir à l'emprunteur.

Dans la décision récente *Canada c. Banque Nationale du Canada*, [1993] 2 C.F. 206, on a appliqué l'arrêt *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, précité, pour déterminer si un emprunteur sous le régime d'une cession générale de créances comptables conserve un droit de propriété sur les créances comptables. Le juge Rothstein conclut, aux pp. 224 et 225:

À la lumière du raisonnement tenu par le juge Houlden dans *Re Broydon Printers*, *supra*, et approuvé par le juge Lamer dans *Banque fédérale de développement*, *supra*, j'estime que le droit de racheter les comptes clients s'accorde avec la définition de «biens» de la *Loi sur la faillite*. Puisqu'il en est ainsi, c'est le raisonnement tenu par le juge Lamer dans *Banque fédérale de développement* qui s'applique en l'espèce et les comptes clients représentent des «biens du failli» au sens du paragraphe 107(1) de la *Loi sur la faillite*.

En résumé, une cession ne peut à la fois être absolue et laisser au cédant un droit de rachat. Le fait

34

35

form of the right to redeem with the assignor. The retention of an equity of redemption is consistent with a security interest and not with an absolute assignment. A GABD simply cannot constitute an absolute transfer of property.

de conserver un droit de rachat est compatible avec l'existence d'une garantie et non d'une cession absolue. Une cession générale de créances comptables ne peut tout simplement pas constituer un transfert absolu de propriété.

36 This conclusion is supported by s. 63 of the Alberta *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05, which stipulates the basis upon which the right of redemption in personal property, including book debts, will be terminated. There must be either a disposition of the collateral by the secured party or an irrevocable election made by the secured party creditor under s. 62 of the Act to take the collateral. In the absence of these events, the debtor has certain rights under the section to redeem the collateral. The facts presented on these appeals do not disclose whether the lending institutions prior to receiving notice from the MNR, sold or transferred the book debts, or met the requisite conditions in order to be deemed irrevocably to have taken the collateral. If they did not, it would appear that the debtor companies still retained a right of redemption under the statute.

Cette conclusion est étayée par l'art. 63 de la *Personal Property Security Act* de l'Alberta, S.A. 1988, ch. P-4.05, qui prévoit les cas où il y a extinction du droit de rachat de biens meubles, y compris des créances comptables. Il doit y avoir aliénation par le créancier garanti du bien donné en garantie ou encore, en vertu de l'art. 62 de la Loi, un choix irrévocable du créancier garanti de prendre le bien donné en garantie. Hormis ces cas, le débiteur possède, en vertu de l'art. 63, certains droits de racheter le bien donné en garantie. Dans les présents pourvois, les faits ne révèlent pas si les établissements de crédit avaient, avant de recevoir l'avis du MRN, vendu ou transféré les créances comptables, ou satisfait aux conditions requises pour être irrévocablement réputés avoir pris le bien donné en garantie. Il semblerait que, s'ils ne l'ont pas fait, les sociétés débitrices conservent encore un droit de rachat en vertu de la Loi.

37 I would further add that to conclude that a GABD results in a change of ownership as a result of its absolute nature rather than constituting collateral security for a debt will have serious implications. It could, for example, result in a change in the ordering of priorities provided by the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C., 1985, c. C-36, and the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44. Further, it could constitute the means by which an unscrupulous debtor company, knowingly or unknowingly abetted by a creditor company, could so order its affairs that many other *bona fide* creditors could be adversely affected.

J'ajouterais qu'il y aurait de graves répercussions à conclure qu'une cession générale de créances comptables donne lieu, en raison de son caractère absolu, à un transfert de propriété, au lieu de constituer une garantie accessoire pour le paiement d'une créance. Il pourrait en résulter, par exemple, une modification de l'ordre de priorité prévu par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36, et la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44. De plus, cela pourrait permettre à un débiteur sans scrupule, encouragé sciemment ou à son insu par une société créancière, d'organiser ses affaires de façon à léser de nombreux autres créanciers de bonne foi.

Summary

Résumé

38 In *Friesen, supra*, it was held that the words of the *Income Tax Act* should be given their plain and ordinary meaning in accordance with the structure and purpose of the Act. It is clear that in enacting

Dans l'arrêt *Friesen*, précité, on a conclu que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* devraient être interprétées suivant leur sens ordinaire, conformément à l'économie et à l'objet de la

the sections of the *ITA* and *ETA* under consideration Parliament was attempting to ensure the priority of the claim of the MNR over that of other creditors. The primary task of collecting and remitting taxes and contributions under both Acts rests with those who are employers and those who sell goods and services. These amounts so collected could be said to belong not to the collecting debtor entities but to the government. In a sense the funds collected but not remitted might be considered to be held in a form of trust since the entities that have collected these funds are not in any circumstances entitled to retain them. Rather, they must remit the funds. In those circumstances the priority granted to the MNR to recover such funds cannot possibly be said to be expropriation without compensation.

In an effort to ensure the recovery of these amounts collected for the MNR, Parliament has endeavoured to ensure the priority of the claims of the MNR to these funds over other creditors. The majority of the courts that have considered this issue since the 1990 amendment have concluded that Parliament has succeeded in achieving this aim: see: *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.* (1993), 101 D.L.R. (4th) 238 (Sask. C.A.), aff'd [1994] 3 S.C.R. 753; *Berg v. Parker Pacific Equipment Sales*, [1991] 1 C.T.C. 442 (B.C.S.C.); *Lundrigans Ltd. (Receivership) v. Bank of Montreal* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 91 (Nfld. T.D.); *Bonavista (Town) v. Atlantic Technologists Ltd.*, *supra*, as well as two of the trial decisions in this case on appeal.

I am in agreement with Major J. that a GABD is a security interest and as well that "secured creditor" excludes those individuals who own property absolutely. However I cannot agree that a GABD constitutes an absolute assignment so that the assignee becomes the owner of the book debts. The two concepts in the same instrument are incompatible and an impossible contradiction. Quite simply, a GABD cannot be an absolute

Loi. Il est clair que, lorsqu'il a adopté les dispositions en cause de la *LIR* et de la *LTA*, le Parlement a tenté d'assurer la priorité de la réclamation du MRN sur celles des autres créanciers. Ce sont principalement les employeurs et les vendeurs de produits et services qui ont la tâche de percevoir et de verser les taxes et les cotisations établies en vertu des deux lois. On pourrait dire que les montants ainsi perçus appartiennent non pas aux entités débitrices qui les perçoivent, mais au gouvernement. En un sens, on pourrait considérer que les fonds perçus mais non versés sont détenus dans une sorte de fiducie puisque les entités qui les ont perçus ne sont, en aucun cas, habilitées à les conserver. Elles doivent plutôt les verser au gouvernement. Dans ces circonstances, on ne saurait dire que la priorité accordée au MRN en matière de recouvrement de ces fonds constitue une expropriation sans indemnisation.

Pour assurer le recouvrement des montants perçus pour le compte du MRN, le Parlement s'est efforcé d'assurer que les réclamations du MRN en la matière aient priorité sur celles des autres créanciers. La majorité des tribunaux qui ont examiné cette question, depuis la modification de 1990, ont conclu que le Parlement a réussi à atteindre cet objectif: voir *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.* (1993), 101 D.L.R. (4th) 238 (C.A. Sask.), conf. par [1994] 3 R.C.S. 753, *Berg c. Parker Pacific Equipment Sales*, [1991] 1 C.T.C. 442 (C.S.C.-B.), *Lundrigans Ltd. (Receivership) c. Bank of Montreal* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 91 (Div. 1^{re} inst., T.-N.), *Bonavista (Town) c. Atlantic Technologists Ltd.*, précité, ainsi que deux des décisions rendues en première instance en l'espèce.

Je suis d'accord avec le juge Major pour dire qu'une cession générale de créances comptables est une garantie et que l'expression «créancier garanti» ne vise pas les personnes qui ont la propriété absolue d'un bien. Cependant, je ne puis convenir qu'une cession générale de créances comptables constitue une cession absolue de manière à rendre le cessionnaire propriétaire des créances comptables. Ces deux concepts, dans un

39

40

assignment since by its very nature it is a security interest.

même document, sont incompatibles et représentent une contradiction impossible. Une cession générale de créances comptables ne peut tout simplement pas constituer une cession absolue vu qu'elle est, de par sa nature même, une garantie.

41

In drafting the language of the sections it must be assumed that Parliament sought carefully to achieve its purpose, and that it did not intend to create an absurdity or a redundancy. My position can be summarized in this manner:

Il faut supposer que, lorsqu'il a rédigé les dispositions en cause, le Parlement a soigneusement cherché à atteindre son objectif et qu'il n'a pas voulu créer une absurdité ou une redondance. Mon point de vue peut se résumer ainsi:

(i) The definitions of a "security interest" and a "secured creditor" cannot be contradictory. Parliament cannot have intended to create definitions which overlap and contradict each other with the result that the same instrument can, at the same time, be both a "security interest" and not a "security interest". This is not to say that all assignments are "security interests". Rather it is simply that an instrument, once having been defined as a "security interest", cannot also be an absolute assignment. By definition, an absolute assignment cannot be a "security interest".

(i) Les définitions des expressions «garantie» et «créancier garanti» ne sauraient être contradictoires. Le Parlement ne peut avoir voulu établir des définitions qui se chevauchent et se contredisent, de sorte qu'un même écrit puisse à la fois constituer une «garantie» et ne pas en constituer une. Cela ne veut pas dire que toutes les cessions sont des «garanties». Cela signifie plutôt simplement qu'un écrit, une fois défini comme une «garantie», ne peut également constituer une cession absolue. Par définition, une cession absolue ne peut pas être une «garantie».

(ii) GABDs are "security interests" and not absolute assignments because they:

(ii) Une cession générale de créances comptables est une «garantie» et non une cession absolue pour les motifs suivants:

(a) meet the definition of "security interests" as set out in s. 224(1.3) *ITA*;

a) elle correspond à la définition du terme «garantie» énoncée au par. 224(1.3) *LIR*;

(b) are defined as collateral security on their face;

b) elle se définit à première vue comme une garantie accessoire;

(c) are treated as security for a loan on the part of the parties involved;

c) elle est considérée comme une garantie relative au paiement d'un prêt par les parties en cause;

(d) have been defined by this Court as including an equity of redemption, and thus provide a property interest for the borrower. As a result they cannot be absolute;

d) elle a été définie par notre Cour comme incluant un droit de rachat, et confère donc un droit de propriété à l'emprunteur. Elle ne saurait donc être absolue;

(e) cannot be simultaneously a security interest and an absolute assignment;

e) elle ne peut constituer à la fois une garantie et une cession absolue;

(f) to recognize GABDs as absolute assignments would frustrate the purpose of several other statutes.

f) reconnaître ce type de cession comme une cession absolue contrecarrerait l'objet de plusieurs autres lois.

(iii) "secured creditor" is meant to exclude absolute owners. By definition, one cannot be a secured

(iii) L'expression «créancier garanti» vise à exclure les propriétaires absolus. Par définition,

creditor and at the same time an owner of the security. An absolute assignee would be an owner of the book debts as is, for example, a factor. Parliament by this section has excluded those financial institutions engaged in factoring from the operation of the section, together with those financial institutions who have perfected their security interest by assuming ownership. There is no intention manifested by the 1990 amendment to accord any priority to holders of GABDs.

Disposition

I would allow the appeals, set aside the order of the Court of Appeal and confirm the priority of the MNR, and direct that the MNR recover in all three cases in the manner directed by the trial judge in *The Queen v. Toronto-Dominion Bank*. The MNR should have his costs throughout.

The following are the reasons delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — While I agree with the general principles of statutory interpretation outlined by my colleague Justice Cory, I agree with Justice Major that the general assignments of book debts in this case were tantamount to an absolute transfer of property. Accordingly, I would dispose of the appeals in the manner proposed by Major J.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

These are appeals from a decision of the Court of Appeal of Alberta involving three cases. In all cases Her Majesty in Right of Canada as represented by the Minister of National Revenue (the “MNR”) is a party. Alberta Treasury Branches is a party in two of the cases and the Toronto-Dominion Bank is the other party. Each appeal involves a priorities contest between the MNR’s

une personne ne peut être à la fois un créancier garanti et un propriétaire de la garantie. Le titulaire d’une cession absolue serait propriétaire des créances comptables comme l’est, par exemple, une société d’affacturage. Le Parlement a soustrait à l’application de cette disposition les institutions financières œuvrant dans le domaine de l’affacturage, ainsi que les institutions financières qui ont réalisé leur garantie en devenant propriétaires du bien grevé. La modification de 1990 ne révèle aucune intention d’accorder la priorité aux titulaires d’une cession générale de créances comptables.

Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir les pourvois, d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel, de confirmer la priorité du MRN et d’ordonner que le MRN recouvre les sommes en cause dans les trois pourvois de la façon établie par le juge de première instance dans *The Queen c. Toronto-Dominion Bank*. Le MRN a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — Bien que je sois d’accord avec les principes généraux d’interprétation législative exposés par mon collègue le juge Cory, je conviens avec le juge Major que les cessions générales de créances comptables consenties en l’espèce équivalaient à un transfert absolu de propriété. En conséquence, je statuerais sur les pourvois de la manière proposée par le juge Major.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

Il s’agit de pourvois contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta relativement à trois affaires. Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national («MRN»), est partie au litige dans les trois cas. L’Alberta Treasury Branches est partie dans deux des affaires et l’autre partie est la Banque Toronto-Dominion. Dans les trois cas, il s’agit de déterminer la priorité

42

43

44

garnishee summons, and a general assignment of book debts ("GABD") to the lending institutions.

entre le bref de saisie-arrêt du MRN et une cession générale de créances comptables aux établissements de crédit.

45 Section 224(1.2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended in 1990, S.C. 1990, c. 34, s. 1, provides a form of garnishment which enables the MNR in certain circumstances to intercept monies owed to tax debtors. This form of garnishment is not available for the collection of income tax debts generally. It is limited to the collection of amounts owing by a person who has withheld, or should have withheld, monies from another under s. 153 of the *Income Tax Act* and who has failed to remit the withheld amounts. An identical garnishment remedy, provided by the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 317(3), applies where a person has failed to remit GST which was, or ought to have been, collected from other persons.

Le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifié en 1990, L.C. 1990, ch. 34, art. 1, prescrit une procédure de saisie-arrêt qui, dans certaines circonstances, permet au MRN d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux. Ce type de saisie-arrêt ne peut servir au recouvrement des créances fiscales en général. Il ne vise que le recouvrement de sommes dues par une personne qui a retenu, ou aurait dû retenir, des sommes en vertu de l'art. 153 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et qui a omis de verser les montants retenus. Le paragraphe 317(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, prévoit une procédure identique de saisie-arrêt dans le cas où une personne a omis de verser la TPS qui a été ou aurait dû être perçue auprès d'autres personnes.

46 The issue in these appeals is whether the sections apply to give the MNR a priority over creditors who have received an absolute assignment of book debts from the tax debtor. The resolution of the appeals turns on the definition of "secured creditor", which requires the holding of a security interest in the "property of another person".

Il s'agit ici de savoir si les dispositions en cause s'appliquent pour conférer au MRN la priorité de rang sur les créanciers qui ont obtenu du débiteur fiscal une cession absolue de créances comptables. Le règlement des pourvois repose sur la définition de «créancier garanti», qui exige qu'une personne détienne une garantie sur le «bien d'une autre personne».

47 In my opinion, the sections do not grant the MNR a priority over a creditor who holds an assignment of book debts. As a matter of law, such a creditor owns the book debts in question and thus cannot be said to have a security interest in the property of another person.

À mon avis, ces dispositions ne confèrent pas au MRN la priorité de rang sur un créancier qui est titulaire d'une cession de créances comptables. En droit, un tel créancier est propriétaire des créances comptables en question et on ne peut donc pas dire qu'il possède une garantie sur le bien d'une autre personne.

48 This result is dictated by the common law as well as basic principles of the interpretation of the *Income Tax Act*. The wording of the sections is simply not sufficiently clear and unambiguous to authorize the expropriation, without compensation, of a proprietary interest from the innocent holder of the assignment of the book debts.

Cette conclusion est dictée par la common law et les principes fondamentaux d'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le libellé des dispositions n'est tout simplement pas assez clair et précis pour autoriser l'expropriation, sans versement d'une indemnité, du titulaire innocent de la cession de créances comptables.

II. Facts

The first case arose in 1987 from a loan made by the respondent, Alberta Treasury Branches, to Country Inns Inc., an Alberta hotel operator. The borrowed money was secured in part by a general assignment of book debts. Country Inns Inc. was in arrears to the appellant MNR for \$33,312.67 in unremitted GST, plus interest and penalties. Zurich Canada owed Country Inns Inc. \$15,000 while Zurich Insurance Company was alleged to owe \$95,000.

In June 1992, the MNR served requirements to pay under s. 317(3) of the *Excise Tax Act* on Zurich Canada and Zurich Insurance Company, and all other possible debtors. After Country Inns Inc. made an assignment under the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, the trustee estimated the realization of the assets of the estate would leave a shortfall to the respondent Alberta Treasury Branches, which was owed in excess of \$6,000,000. Forsyth J. of the Court of Queen's Bench, in an application to determine priorities, held that the MNR had priority by virtue of the provisions of the *Excise Tax Act*: (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 141.

In the second case, Pigott Project Management Ltd. contracted with Land-Rock Resources Ltd. for excavation work on the Old Man River Dam spillway. In 1989, Land-Rock borrowed monies from the respondent Alberta Treasury Branches and granted it a general assignment of book debts. After Land-Rock completed the contract work, Pigott held \$161,821.77 in contract holdback funds. These funds were claimed by various creditors of Land-Rock, including the appellant MNR, to whom Land-Rock was indebted for unremitted employee source deductions, interests and penalties.

In 1991, the MNR served two requirements to pay on Pigott, under s. 224(1.2) of the *Income Tax Act*, for almost \$600,000. On an application to determine priority to the monies in question, Master Waller of the Court of Queen's Bench decided the respondent Alberta Treasury Branches

II. Les faits

La première affaire découle d'un prêt consenti en 1987 par l'intimé l'Alberta Treasury Branches à Country Inns Inc., une société hôtelière albertaine. L'emprunt était garanti en partie par une cession générale de créances comptables. Country Inns Inc. accusait des arriérés de 33 312,67 \$ au titre de la TPS non versée à l'appelant le MRN, plus intérêts et pénalité. Zurich Canada devait à Country Inns Inc. la somme de 15 000 \$, et l'on alléguait que Zurich Insurance Company devait 95 000 \$.

En juin 1992, le MRN a signifié à Zurich Canada, à Zurich Insurance Company et à tous les autres débiteurs possibles une demande de paiement fondée sur le par. 317(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Après que Country Inns Inc. eut fait cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, le syndic a estimé que la réalisation de l'actif de la faillite ne suffirait pas à payer entièrement l'intimé l'Alberta Treasury Branches qui était titulaire d'une créance de plus de 6 000 000 \$. À la suite d'une demande visant à établir l'ordre de priorité, le juge Forsyth de la Cour du Banc de la Reine a statué que le MRN avait priorité en vertu des dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise*: (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 141.

Dans la deuxième affaire, Pigott Project Management Ltd. avait conclu avec Land-Rock Resources Ltd. un contrat d'excavation pour l'évacuateur de crues du barrage de la rivière Old Man. En 1989, Land-Rock a emprunté des sommes à l'intimé l'Alberta Treasury Branches et lui a consenti une cession générale de créances comptables. Après l'achèvement des travaux par Land-Rock, Pigott a retenu 161 821,77 \$ sur le montant fixé au contrat. Cette somme était réclamée par différents créanciers de Land-Rock, dont l'appelant le MRN à qui Land-Rock devait des arriérés de retenues à la source, plus intérêts et pénalité.

En 1991, en vertu du par. 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le MRN a signifié à Pigott deux demandes de paiement de près de 600 000 \$. À la suite d'une demande visant à établir l'ordre de priorité relativement à ces sommes, le protonotaire Waller de la Cour du Banc de la Reine a décidé

49

50

51

52

had priority through its general assignment of book debts. An appeal to Hunt J. was dismissed: (1993), 9 Alta. L.R. (3d) 349.

que l'intimé l'Alberta Treasury Branches avait priorité en vertu de sa cession générale de créances comptables. L'appel interjeté devant le juge Hunt a été rejeté: (1993), 9 Alta. L.R. (3d) 349.

53 In the third case, Bodor Drilling Ltd. operated a drilling company which borrowed monies from the respondent Toronto-Dominion Bank. The borrowed money was secured in part by a general assignment of book debts. Bodor owed the appellant MNR \$83,325.19, in unremitted GST, interest and penalties.

Dans la troisième affaire, Bodor Drilling Ltd. exploitait une société de forage qui avait emprunté des sommes à l'intimée la Banque Toronto-Dominion. L'emprunt était en partie garanti par une cession générale de créances comptables. Bodor devait à l'appelant le MRN la somme de 83 325,19 \$ au titre de la TPS non versée, plus intérêts et pénalité.

54 In March 1992, the MNR served requirements to pay under s. 317(3) of the *Excise Tax Act* on the trade debtors of Bodor. Another of Bodor's creditors successfully filed a petition under the *Bankruptcy Act* to have Bodor declared a bankrupt. Bodor was indebted to the respondent Toronto-Dominion Bank in the amount of \$266,331.12. In an application to determine priority, MacLeod J. of the Court of Queen's Bench held that the MNR had priority under the provisions of the *Excise Tax Act*.

En mars 1992, le MRN a signifié aux débiteurs commerciaux de Bodor des demandes de paiement fondées sur le par. 317(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Un autre des créanciers de Bodor a présenté avec succès une pétition en faillite contre Bodor. Bodor devait 266 331,12 \$ à l'intimée la Banque Toronto-Dominion. À la suite d'une demande visant à établir l'ordre de priorité, le juge MacLeod de la Cour du Banc de la Reine a statué que le MRN avait priorité en vertu des dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise*.

55 All three cases were appealed to the Alberta Court of Appeal. It held that in each case the lending institution had priority over the MNR: (1994), 16 Alta. L.R. (3d) 1.

Ces trois affaires ont fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de l'Alberta. Dans chaque cas, la cour a statué que l'établissement de crédit avait priorité sur le MRN: (1994), 16 Alta. L.R. (3d) 1.

III. Analysis

III. Analyse

56 Before 1987, the primary garnishment remedy in the *Income Tax Act* was provided by s. 224(1), which stated:

Avant 1987, la principale procédure de saisie-arrêt prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* figurait au par. 224(1):

224. (1) Where the Minister has knowledge or suspects that a person is or will be, within 90 days, liable to make a payment to another person who is liable to make a payment under this Act (in this section referred to as the "tax debtor"), he may, by registered letter or by a letter served personally, require that person to pay forthwith . . . the moneys otherwise payable to the tax debtor in whole or in part to the Receiver General on account of the tax debtor's liability under this Act.

224. (1) Lorsque le Ministre sait ou soupçonne qu'une personne est ou sera, dans les 90 jours, tenue de faire un paiement à une autre personne qui, elle-même, est tenue de faire un paiement en vertu de la présente loi (appelée au présent article le «débiteur fiscal»), il peut, par lettre recommandée ou par lettre signifiée à personne, exiger de cette personne que les deniers autrement payables au débiteur fiscal soient en totalité ou en partie versés, immédiatement [. . .] au receveur général au titre de l'obligation du débiteur fiscal en vertu de la présente loi.

Where a tax debtor had assigned its debts to another party as part of a security arrangement, courts were virtually unanimous in finding that a demand under s. 224(1) was ineffective to attach any of the assigned debts. The courts held that, by the assignment, the tax debtor had transferred its interest in its accounts to the assignee, leaving nothing for the MNR's garnishment to attach. See: *Royal Bank of Canada v. R.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 198 (F.C.T.D.), at pp. 210-13, aff'd (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 125 (F.C.A.).

Parliament amended the *Income Tax Act* in 1987 (S.C. 1987, c. 46, s. 66) and added two additional subsections (ss. 224(1.2) and (1.3)). Sections 317(3) and (4) were also added to the *Excise Tax Act*. For the purposes of the issue raised in these appeals the wording of the sections in the *Excise Tax Act* is identical to that of the *Income Tax Act*. For the sake of convenience I will refer to the sections of the *Income Tax Act*.

Section 224(1.2) provided that the MNR could garnish funds owed to a tax debtor or to a "secured creditor". Section 224(1.3) provided, *inter alia*, definitions of "secured creditor" and a "security interest":

224. ...

(1.2) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy Act*, any other enactment of Canada, any enactment of a province or any law, where the Minister has knowledge or suspects that a particular person is or will become, within 90 days, liable to make a payment

- (a) to another person who is liable to pay an amount assessed under subsection 227(10.1) or a similar provision, or to a legal representative of that other person (each of whom is in this subsection referred to as the "tax debtor"), or
- (b) to a secured creditor who has a right to receive the payment that, but for a security interest in favour of the secured creditor, would be payable to the tax debtor,

the Minister may, by registered letter or by a letter served personally, require the particular person to pay

Lorsqu'un débiteur fiscal a cédé ses créances à une autre partie dans le cadre d'un contrat de garantie, les tribunaux ont statué quasi unanimement qu'une demande fondée sur le par. 224(1) ne permet pas de saisir-arrêter les créances cédées. Les tribunaux ont conclu que le débiteur fiscal avait, par la cession, transféré au cessionnaire son droit sur ses comptes, et qu'il ne restait rien sur quoi pouvait porter la saisie-arrêt du MRN. Voir *Banque Royale du Canada c. R.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 198 (C.F. 1^{re} inst.), aux pp. 210 à 213, conf. par (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 125 (C.A.F.).

En 1987, le Parlement a modifié la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.C. 1987, ch. 46, art. 66) et a ajouté deux paragraphes (les par. 224(1.2) et (1.3)). Les paragraphes 317(3) et (4) ont également été ajoutés à la *Loi sur la taxe d'accise*. Pour les fins de la question soulevée dans les présents pourvois, la formulation des dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise* est identique à celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour plus de facilité, je vais me référer aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Aux termes du par. 224(1.2), le MRN était habilité à saisir-arrêter les sommes dues à un débiteur fiscal ou à un «créancier garanti». Le paragraphe 224(1.3) définissait notamment les expressions «créancier garanti» et «garantie»:

224. ...

(1.2) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et nonobstant la *Loi sur la faillite*, tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial et toute règle de droit, s'il sait ou soupçonne qu'une personne donnée est ou deviendra, dans les 90 jours, débiteur d'une somme

- a) soit à un débiteur fiscal, à savoir une personne redevable d'un montant cotisé en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposition semblable ou un représentant légal de cette personne,
- b) soit à un créancier garanti, à savoir une personne qui, grâce à une garantie en sa faveur, a le droit de recevoir la somme autrement payable au débiteur fiscal,

le ministre peut, par lettre recommandée ou signifiée à personne, obliger la personne donnée à payer au rece-

57

58

59

forthwith, where the moneys are immediately payable, and in any other case, as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor or the secured creditor in whole in or in part to the Receiver General on account of the tax debtor's liability under subsection 227(10.1) or a similar provision.

(1.3) In subsection (1.2),

“secured creditor” means a person who has a security interest in the property of another person or who acts for or on behalf of that person with respect to the security interest and includes a trustee appointed under a trust deed relating to a security interest, a receiver or receiver-manager appointed by a secured creditor or by a court on the application of a secured creditor, a sequestrator, or any other person performing a similar function;

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

60 The operation of the 1987 version of s. 224(1.2) as against the holder of a GABD was considered by courts in Alberta, British Columbia, Saskatchewan, Manitoba and Nova Scotia.

61 In Alberta, in *Lloyds Bank of Canada v. International Warranty Co.* (1989), 64 Alta. L.R. (2d) 340 (Q.B.), rev'd (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 356 (C.A.), McDonald J. held that the new definition of “security interest” was broad enough to include monies which were equitably assigned by a tax debtor to a bank (at pp. 352-53):

. . . the definition of “security interest” is so broad as to include moneys which have been equitably assigned by the tax debtor to, for example, a bank. The ownership by the bank of the funds that are the subject of the assignment constitutes an “interest in property”. That interest in property is one which “secures payment” of the “obligation” of the tax debtor The provision of such

veur général tout ou partie de cette somme, sans délai si la somme est payable immédiatement, sinon dès qu'elle devient payable, au titre du montant cotisé en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposition semblable dont le débiteur fiscal est redevable.

(1.3) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1.2).

«créancier garanti» Personne qui a une garantie sur un bien d'une autre personne — ou qui est mandataire de cette personne quant à cette garantie—, y compris un fiduciaire désigné dans un acte de fiducie portant sur la garantie, un séquestre ou séquestre-gérant nommé par un créancier garanti ou par un tribunal à la demande d'un créancier garanti, un administrateur-séquestre ou une autre personne dont les fonctions sont semblables à celles de l'une de ces personnes.

«garantie» Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débiteures, hypothèques, *mortgages*, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

Des tribunaux de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, du Manitoba et de la Nouvelle-Écosse ont examiné l'application du par. 224(1.2), tel qu'il existait en 1987, au titulaire d'une cession générale de créances comptables.

En Alberta, dans la décision *Lloyds Bank of Canada c. International Warranty Co.* (1989), 64 Alta. L.R. (2d) 340 (B.R.), inf. par (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 356 (C.A.), le juge McDonald a statué que la nouvelle définition du terme «garantie» était suffisamment large pour inclure des sommes qui avaient été cédées, selon l'*equity*, à une banque par un débiteur fiscal (aux pp. 352 et 353):

[TRADUCTION] . . . la définition du terme «garantie» est suffisamment large pour inclure des sommes que le débiteur fiscal a cédées, selon l'*equity*, à une banque par exemple. Le fait que la banque se trouve propriétaire des fonds visés par la cession constitue un «droit sur un bien». Ce droit garantit «l'exécution» de l'«obligation» du débiteur fiscal [. . .]. La constitution de cette garantie

security is the very purpose of the assignment of book debts. Moreover, the bank's interest is one "created by or arising out of [an] assignment... of any kind whatever, however or whenever arising..."

As a result, he held that the MNR obtained priority to the garnished funds over the claim of Lloyds Bank as the assignee of the book debts.

The Alberta Court of Appeal reversed the trial decision in *Lloyds Bank* but on other grounds. Relying on its decisions in *Re Lamarre; University of Calgary v. Morrison*, [1978] 2 W.W.R. 465, and *Attorney General of Canada v. Royal Bank of Canada*, [1979] 1 W.W.R. 479, the Court of Appeal held that the provisions of s. 224(1.2) provided at most for a form of extra-judicial attachment which could bring the funds into the custody of the MNR. The court held that the section fell short of effecting a transfer of property in the funds or establishing the priority of the MNR's claim. It concluded (at p. 362) that "[s]omething further is required to accomplish either purpose".

The decision of the Alberta Court of Appeal in *Lloyds Bank* was followed by the Manitoba Court of Appeal in *Pembina on the Red Development Corp. v. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481, and the British Columbia Court of Appeal in *Concorde International Travel Inc. v. T.I. Travel Services (B.C.) Inc.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 405. In the B.C. decision, Hinkson J.A. referred to the decision of the Alberta Court of Appeal in *Lloyds Bank* and stated at p. 409:

In my opinion, s. 224 styled as it is "Garnishment" deals in s-ss. (1) and (1.2) with the mechanics of garnishment. The Minister in serving a demand pursuant to that section must be proceeding upon the basis that he asserts a tax debtor's liability to him. That justified garnishing the funds in the hands of a creditor of the tax debtor. But, I am unable to see in that section any provision that would have the effect of transferring the property in the funds to the Minister or establishing a prior-

est l'objet même de la cession de créances comptables. De plus, le droit de la banque «[naît] ou découl[e] [d'une] cession[. . .], [. . .] quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elle [. . .] soit] créée. . .»

Le juge McDonald a donc conclu que le MRN avait priorité relativement aux fonds saisis-arrêtés par rapport à Lloyds Bank, cessionnaire des créances comptables.

La Cour d'appel de l'Alberta a, pour d'autres motifs, infirmé la décision de première instance dans l'affaire *Lloyds Bank*. Se fondant sur ses arrêts *Re Lamarre; University of Calgary c. Morrison*, [1978] 2 W.W.R. 465, et *Attorney General of Canada c. Royal Bank of Canada*, [1979] 1 W.W.R. 479, la Cour d'appel a statué que le par. 224(1.2) établissait tout au plus une forme de saisie-arrêt extrajudiciaire aux termes de laquelle le MRN pourrait avoir la garde des fonds. La cour a statué que cette disposition ne permettait pas un transfert de propriété des fonds ni n'accordait la priorité de rang à la réclamation du MRN. Elle conclut (à la p. 362) que [TRADUCTION] «[q]uelque chose de plus est nécessaire pour réaliser l'une ou l'autre de ces fins».

L'arrêt *Lloyds Bank* de la Cour d'appel de l'Alberta a été suivi par la Cour d'appel du Manitoba dans *Pembina on the Red Development Corp. c. Triman Industries Ltd.*, [1991] 6 W.W.R. 481, et par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Concorde International Travel Inc. c. T.I. Travel Services (B.C.) Inc.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 405. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Hinkson a mentionné l'arrêt *Lloyds Bank* de la Cour d'appel de l'Alberta, affirmant, à la p. 409:

[TRADUCTION] À mon avis, les par. (1) et (1.2) de l'art. 224 intitulé «Saisie-arrêt» portent sur la procédure de saisie-arrêt. Lorsqu'il signifie une demande conformément à cette disposition, le Ministre doit partir du principe qu'il fait valoir l'assujettissement à l'impôt du débiteur fiscal, le justifiant ainsi de faire une saisie-arrêt des sommes qui sont entre les mains d'un créancier du débiteur fiscal. Cependant, je ne vois, dans cet article, aucune disposition qui aurait pour effet de transférer au

62

63

ity of Revenue Canada's claim. That was the point dealt with by the Alberta Court of Appeal. [Emphasis added.]

Ministre la propriété des fonds ou d'accorder la priorité à la réclamation de Revenu Canada. C'est le point que la Cour d'appel de l'Alberta a examiné. [Je souligne.]

64 To the opposite effect are decisions by courts in Saskatchewan and Nova Scotia: *Royal Bank of Canada v. Saskatchewan Power Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), aff'g [1990] 2 W.W.R. 655 (Sask. Q.B.) and *Touche Ross Ltd. v. M.N.R.* (1990), 71 D.L.R. (4th) 648 (N.S.S.C.T.D.).

Par contre, en Saskatchewan et en Nouvelle-Écosse, les tribunaux ont exprimé des avis contraires: *Royal Bank of Canada c. Saskatchewan Power Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 1 (C.A. Sask.), conf. [1990] 2 W.W.R. 655 (B.R. Sask.), et *Touche Ross Ltd. c. M.N.R.* (1990), 71 D.L.R. (4th) 648 (C.S. 1^{re} inst., N.-É.).

65 Apparently in order to deal with the competing lines of authority as to whether s. 224(1.2) was sufficient to grant a priority to the MNR, Parliament amended the section in 1990 by adding the following to the end of the section:

Afin de remédier, semble-t-il, aux courants de jurisprudence contradictoires quant à savoir si le par. 224(1.2) était suffisant pour accorder la priorité au MRN, le Parlement a modifié ce paragraphe en 1990 en ajoutant le passage suivant à la fin:

... and on receipt of that letter [i.e. the garnishment summons] by the particular person, the amount of those moneys that is required by that letter to be paid to the Receiver General shall, notwithstanding any security interest in those moneys, become the property of Her Majesty and shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest.

Sur réception de la lettre [le bref de saisie-arrêt] par la personne donnée, la somme qui y est indiquée comme devant être payée devient, nonobstant toute autre garantie au titre de cette somme, la propriété de Sa Majesté et doit être payée au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de cette somme.

66 This 1990 amendment was made to both the *Income Tax Act* and the relevant provisions of the *Excise Tax Act*. The three trial decisions in the cases at issue in these appeals are principally concerned with the issue of whether this amendment constituted the "something further" which *Lloyds Bank* had held was necessary to transfer the property interest in the funds to the MNR or to grant a priority to the MNR.

Cette modification de 1990 a été apportée à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et aux dispositions pertinentes de la *Loi sur la taxe d'accise*. Dans les trois affaires dont nous sommes saisis en l'espèce, les juges de première instance avaient principalement examiné si cette modification constituait le [TRADUCTION] «quelque chose de plus» qui, selon l'arrêt *Lloyds Bank*, était nécessaire pour transférer au MRN le droit de propriété sur les fonds ou pour lui accorder la priorité de rang.

67 Two judges of the Court of Queen's bench held that the 1990 amendments did constitute the "something further" and that as a result the MNR gained priority over the book debts to the lending institutions in question. Forsyth J. based his decision expressly on the wording of the 1990 amendment and held that it was sufficiently explicit. In addition to the 1990 amendments, MacLeod J. placed reliance on the finding of McDonald J. in *Lloyds Bank* that a GABD falls within the definition of a security interest in s. 224(1.3).

Deux juges de la Cour du Banc de la Reine ont statué que les modifications de 1990 constituaient ce «quelque chose de plus» et que le MRN avait, de ce fait, obtenu la priorité de rang sur les créances comptables cédées aux établissements de crédit en question. Le juge Forsyth a fondé explicitement sa décision sur la modification de 1990 et a statué qu'elle était suffisamment explicite. Le juge MacLeod, lui, s'est en outre fondé sur la conclusion du juge McDonald dans *Lloyds Bank*, selon laquelle la définition de «garantie» au par. 224(1.3) vise une cession générale de créances comptables.

In the third case, the Master in Chambers held that the 1990 amendments were still not sufficiently broadly worded to allow Revenue Canada to attach monies in which the tax debtor has no interest by virtue of an absolute assignment. Hunt J. on appeal agreed with his conclusion. She relied on a perceived ambiguity in the definition of security interest, stating at pp. 360-61:

I am of the view, moreover, that it is not clear whether the modifying provisions at the end of the definition of "security interest" (the words "of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for") are meant to apply to each of the enumerated types of interests or instruments (debenture, mortgage, assignment, etc.) or whether these words are meant only to modify the term "encumbrance". McDonald, J. [in *Lloyds Bank, supra*] assumed the former to be the case, but in my view the meaning is not without doubt. There is a third way of reading the modifying words at the end, namely that the words "of any kind whatever" describe "encumbrance", with the balance of the words applying to each of the listed types of interests. The words "of any kind whatever" might also be taken to apply to assignments *and* encumbrances. Were this provision more clear, it would be easier to conclude that Parliament meant to include *all* types of assignments, including unconditional assignments, in the definition. This would make it plainer that, indeed, Parliament intended Revenue Canada's claim to take priority over the property of someone other than the tax debtor, such as an assignee of the tax debtor's book debts. [Emphasis in original.]

I agree with Forsyth J. that the 1990 amendments to the *Income Tax Act* and the *Excise Tax Act* were sufficient to provide the "something further" which the Alberta Court of Appeal thought to be necessary in *Lloyds Bank*. As Côté J.A. in the decision of the Court of Appeal in this case stated about the amendment to s. 224(1.2), at p. 6:

... the amendments to that subsection say that service transfers the debt to Her Majesty, and that it shall be paid to Her Majesty notwithstanding the security interest, and in priority to the security interest. Where those

Dans la troisième affaire, le protonotaire en chambre a statué que les modifications de 1990 n'étaient pas encore formulées de façon assez générale pour permettre à Revenu Canada de saisir-arrêter des sommes sur lesquelles le débiteur fiscal n'a aucun droit en vertu d'une cession absolue. En appel, le juge Hunt a souscrit à cette conclusion. Elle s'est fondée sur une ambiguïté qu'elle percevait dans la définition du terme «garantie» (aux pp. 360 et 361):

[TRADUCTION] De plus, je suis d'avis que l'on ne sait pas exactement si la modification apportée à la fin de la définition du terme «garantie» («quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs») est censée s'appliquer à chacun des types de droits ou d'instruments énumérés (débentures, *mortgages*, cessions, etc.) ou si elle n'est censée qualifier que le terme «charges». Le juge McDonald [dans *Lloyds Bank, précité*] opte pour la première hypothèse, mais, à mon avis, cette interprétation est douteuse. Il existe une troisième façon d'interpréter la modification en question, à savoir que l'expression «quelle qu'en soit la nature» qualifie le terme «charges», et que les autres mots s'appliquent à chacun des types de droit énumérés. On pourrait également considérer que l'expression «quelle qu'en soit la nature» s'applique aux cessions *et* aux charges. Si cette disposition était plus claire, il serait plus facile de conclure que le Parlement a voulu inclure dans la définition *tous* les types de cession, y compris les cessions conditionnelles. Si tel était le cas, il serait plus évident que le Parlement a voulu que la réclamation de Revenu Canada ait priorité sur le bien d'une personne autre que le débiteur fiscal, comme le cessionnaire des créances comptables du débiteur fiscal. [En italique dans l'original.]

Je suis d'accord avec le juge Forsyth pour dire que les modifications apportées en 1990 à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à la *Loi sur la taxe d'accise* étaient suffisantes pour fournir le «quelque chose de plus» que la Cour d'appel de l'Alberta a jugé nécessaire dans l'arrêt *Lloyds Bank*. Comme le juge Côté l'a dit, dans l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, relativement à la modification du par. 224(1.2), à la p. 6:

[TRADUCTION] ... les modifications apportées à ce paragraphe précisent que la signification transfère la créance à Sa Majesté et que les sommes dues doivent lui être payées nonobstant la garantie, et ce, en priorité sur cette

amendments apply, in my view they reverse our *Lloyds Bank* decision and give the M.N.R. priority over earlier mortgages and assignments. I cannot confine them to floating or conditional assignments and must disagree with one of the Justices appealed from.

70 I also agree with MacLeod J. that McDonald J. at trial in *Lloyds Bank* was correct to hold that a GABD falls within the definition of security interest in s. 224(1.3). That section defines "security interest" as including:

... any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of . . . [an] assignment . . . of any kind whatever, however or whenever arising. . . .

71 With respect, I do not accept the conclusion of Hunt J. that the definition of "security interest" is ambiguous and that the phrase "of any kind whatever" should be read to modify only "encumbrance" which is the last type of security listed. When the definition is read in its plain and ordinary sense, it is clear that the broad phrase "of any kind whatever" is intended to cover all of the listed types of security including an assignment. The phrase "a[n] assignment . . . of any kind whatever" is broad enough to encompass the absolute assignments of book debts which are at issue in these appeals.

72 The finding that a GABD is a security interest for the purposes of the *Income Tax Act* or the *Excise Tax Act* is also consistent with the manner in which the assignments are dealt with in the contracts which create the assignments. For instance, the instrument which creates the assignment of book debts from Land-Rock Resources Ltd. to Alberta Treasury Branches provides, *inter alia*:

THE PRESENT assignment and transfer shall be a continuing collateral security to Treasury Branches for the payment of all and every present and future indebtedness and liability of the undersigned to Treasury

garantie. Lorsqu'elles s'appliquent, ces modifications infirment, à mon avis, notre arrêt *Lloyds Bank* et accordent au MRN la priorité sur les *mortgages* et cessions antérieurs. Je ne puis en limiter l'application aux cessions générales ou conditionnelles et je ne puis qu'exprimer mon désaccord avec l'un des juges dont la décision a été portée en appel.

Je conviens également avec le juge MacLeod que le juge McDonald de première instance, dans l'affaire *Lloyds Bank*, a eu raison d'affirmer qu'une cession générale de créances comptables est visée par la définition du terme «garantie» au par. 224(1.3). Aux termes de cette disposition, le terme «garantie» comprend notamment:

Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de [. . .] cessions [. . .] quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées . . .

En toute déférence, je n'accepte pas la conclusion du juge Hunt que la définition du terme «garantie» est ambiguë et que l'expression «quelle qu'en soit la nature» ne devrait viser que le terme «charges» qui est le dernier type de garantie énuméré. Lorsque l'on donne à la définition son sens ordinaire, il est clair que l'expression générale «quelle qu'en soit la nature» est destinée à s'appliquer à tous les types de garantie énumérés, dont les cessions. L'expression «cessions [. . .] quelle qu'en soit la nature» est suffisamment générale pour inclure les cessions absolues de créances comptables visées dans les présents pourvois.

La conclusion qu'une cession générale de créances comptables est une garantie pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur la taxe d'accise* est également compatible avec la façon dont les cessions sont traitées dans les actes de cession. Par exemple, l'instrument aux termes duquel Land-Rock Resources Ltd. consent une cession de créances comptables à l'Alberta Treasury Branches prévoit notamment:

[TRADUCTION] La cession et le transfert effectués AUX PRÉSENTES constituent une garantie accessoire et permanente en faveur de Treasury Branches au titre du paiement de toute créance et dette, présentes et

Branches and any ultimate unpaid balance thereof with interest. [Emphasis added.]

My conclusions that the GABDs at issue in these appeals fall within the statutory definition of a security interest and that the 1990 amendment is effective, when it applies, to give the MNR a priority over earlier mortgages and assignments, do not, however, lead inevitably to the conclusion that the MNR has priority over the lending institutions to the debts at issue in these appeals.

A new argument was raised before the Alberta Court of Appeal and this Court to the effect that even if an unconditional GABD is a security interest, the lending institutions do not fall within the definition of “secured creditor” in s. 224(1.3) of the *Income Tax Act*. Côté J.A. held at pp. 7-8:

The M.N.R. must believe or suspect that the intended recipient of the letter is liable, or will soon become liable to make a payment under para. (a) or para. (b) of the operative subs. (1.2). No one suggests that para. (a) applies here, given the general assignments of book debts and other assignments. So the effective precondition in these cases is para. (b). It says:

(b) to a secured creditor who has a right to receive the payment that, but for [a] security interest in favour of the *secured creditor*, would be payable to the tax debtor. (emphasis added)

Subsection (1.3) defines “security interest”, and that definition appears to be satisfied in the present cases. But subs. (1.3) also defines “secured creditor” . . . I will restate that definition slightly using square brackets:

. . . a [certain] person who has a security interest in the property of another person or who acts for or on behalf of that person with respect to the security interest and includes . . . (emphasis added)

In each of these three appeals, there was a general assignment of book debts which purported immediately to transfer title to the Bank or Treasury Branch. Doubtless it was done to secure a loan, but legal title was thereafter in the transferee, the Bank or Treasury

futures, de la soussignée à Treasury Branches ainsi que de tout solde impayé, avec intérêts. [Je souligne.]

Cependant, même si je conclus que les cessions générales de créances comptables ici en cause sont visées par la définition du terme «garantie» dans la Loi et que la modification de 1990 a pour effet d'accorder, lorsqu'elle s'applique, la priorité à la réclamation du MRN sur les *mortgages* et cessions antérieurs, il ne s'ensuit pas nécessairement pour autant que le MRN a priorité sur les établissements de crédit relativement aux créances visées en l'espèce.

Devant la Cour d'appel de l'Alberta et notre Cour, on a avancé le nouvel argument voulant que, même si une cession générale inconditionnelle de créances comptables est une garantie, les établissements de crédit ne sont pas des «créanciers garantis» au sens du par. 224(1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge Côté de la Cour d'appel conclut, aux pp. 7 et 8:

[TRADUCTION] Le MRN doit croire ou soupçonner que le destinataire prévu de la lettre est ou sera sous peu tenu de faire un paiement en vertu de l'al. a) ou b) du par. (1.2) qui s'applique. Personne ne soutient que l'al. a) s'applique en l'espèce, vu les cessions générales de créances comptables et les autres cessions effectuées. Alors, la condition préalable à remplir dans ces cas est celle prévue à l'al. b) qui se lit ainsi:

b) soit à un créancier garanti, à savoir une personne qui, grâce à une garantie en sa faveur, a le droit de recevoir la somme autrement payable au débiteur fiscal. (italiques ajoutés)

Le paragraphe (1.3) définit le terme «garantie» et cette définition semble respectée dans les présentes affaires. Toutefois, ce même paragraphe définit aussi l'expression «créancier garanti». [. . .] J'indique entre crochets les légères modifications que j'apporterais à cette définition:

. . . [Une certaine] [p]ersonne qui a une garantie sur un bien d'une autre personne — ou qui est mandataire de cette personne quant à cette garantie—, y compris . . . (italiques ajoutés)

Dans chacun de ces trois appels, il y a eu une cession générale de créances comptables qui était censée transférer immédiatement le titre à la Banque ou au Treasury Branch. Il n'y a aucun doute que l'on voulait ainsi garantir un prêt, mais le titre de propriété s'est par là

73

74

Branch. Therefore, the Bank or Treasury Branch is not a "secured creditor" under this definition, because it does not have any interest "in the property of another person". The Bank or Treasury Branch itself is the owner. The tax debtor, both sides agree, would have to be the "other person". But he has no title. So one cannot say that the book debts (receivables) assigned are "the property of" the tax debtor.

75

I agree. The wording of s. 224(1.2) clearly requires not only that there is a security interest, but also that the payment be made either to the tax debtor or to a secured creditor. Here, because of the assignments, the payments are made to the lending institutions and the question is whether these lending institutions meet the definition of "secured creditor" as defined in the statutes.

76

The definition of secured creditor is a "person who has a security interest in the property of another", that other being the tax debtor. The critical issue is whether, after an assignment, the lending institutions have a security interest in the property of the tax debtor. In my view, they do not. An assignment passes title and therefore property in the book debts is held by the lending institution and not by the tax debtor.

77

It is well-established law that a GABD, such as the ones at issue in these appeals, has the effect of transferring all right, title and ownership in and to the property assigned so that it can no longer be considered the property of the assignor. See: *Evans Coleman and Evans Ltd. v. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38 (B.C.C.A.), at p. 42; *Letner v. Pioneer Truck Equipment Ltd.* (1964), 47 W.W.R. 343 (Man. C.A.), at pp. 348-49; *Royal Bank of Canada v. Attorney General of Canada* (1977), 25 C.B.R. (N.S.) 233 (Alta. S.C.T.D.), at pp. 236 and 241, aff'd [1979] 1 W.W.R. 479; *Royal Bank of Canada v. R.*, supra, at pp. 206 and 212; *Toronto-Dominion Bank v.*

suite trouvé transféré au cessionnaire, c'est-à-dire la Banque ou le Treasury Branch. En conséquence, la Banque ou le Treasury Branch n'est pas un «créancier garanti» au sens de cette définition parce que ni l'un ni l'autre n'a un droit «sur un bien d'une autre personne». Le propriétaire est la Banque ou le Treasury Branch. Le débiteur fiscal devrait être, comme les deux parties le reconnaissent, l'«autre personne». Cependant, il ne possède aucun titre de propriété. Alors, on ne saurait dire que les créances comptables (comptes débiteurs) cédées sont un «bien» du débiteur fiscal.

Je suis d'accord. Le libellé du par. 224(1.2) exige clairement non seulement qu'il existe une garantie, mais aussi que le paiement soit fait à un débiteur fiscal ou à un créancier garanti. En l'espèce, en raison des cessions consenties, les paiements doivent être faits aux établissements de crédit et la question est de savoir si ces établissements constituent des «créanciers garantis» au sens des lois en cause.

Un créancier garanti est une «[p]ersonne qui a une garantie sur un bien d'une autre personne», l'autre personne étant le débiteur fiscal. La question cruciale est de savoir si, à la suite d'une cession, les établissements de crédit possèdent une garantie sur le bien du débiteur fiscal. À mon avis, la réponse est négative. Une cession transfère le titre de propriété et c'est donc l'établissement de crédit et non le débiteur fiscal qui a la propriété des créances comptables.

Il est bien établi en droit qu'une cession générale de créances comptables, comme celles dont il est question dans les présents pourvois, a pour effet de transférer en totalité le droit, le titre et la propriété relatifs au bien cédé de sorte qu'il ne peut plus être considéré comme le bien du cédant. Voir: *Evans Coleman and Evans Ltd. c. R.A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W.W.R. 38 (C.A.C.-B.), à la p. 42; *Letner c. Pioneer Truck Equipment Ltd.* (1964), 47 W.W.R. 343 (C.A. Man.), aux pp. 348 et 349; *Royal Bank of Canada c. Attorney General of Canada* (1977), 25 C.B.R. (N.S.) 233 (C.S. Alb. 1^{re} inst.), aux pp. 236 et 241, conf. par [1979] 1 W.W.R. 479; *Banque Royale du*

Minister of National Revenue (1990), 39 F.T.R. 102, at p. 105.

In *Evans Coleman and Evans Ltd. v. R.A. Nelson Construction Ltd.*, the plaintiff attempted to garnish funds owing to the defendant which were held by a bank. A second bank held a GABD executed by the defendant. The British Columbia Court of Appeal concluded that the GABD passed property in the book debts absolutely, and that the defendant no longer had an interest that could be garnisheed.

In *Royal Bank of Canada v. R.*, Muldoon J. of the Federal Court Trial Division came to a similar conclusion which was unanimously confirmed by the Federal Court of Appeal. Under the terms of the assignment, the assignor Miles contracted to act as a trustee for the funds assigned by him to the Royal Bank under a GABD. The MNR argued that an assignee can have no greater claim on the garnished money than the assignor. Muldoon J. rejected this argument and held at p. 212:

With respect, that contention misses the point. To equate the respective rights of the assignee and the assignor in and upon the book debts is to overlook the very nature and effect of the assignment, for the assignee owns the book debts and the assignor does not. To those who have not searched in the personal property security register, the assignor, of course, might still appear to be an ordinary trade creditor, but having assigned the book debts, the assignor, Miles, was in reality a trustee of them for the assignee, the plaintiff bank. Here, the Crown has received that which belonged to the bank.

In *Lettner v. Pioneer Truck Equipment Ltd.*, Guy J.A. of the Manitoba Court of Appeal commented upon the nature and effect a GABD as follows at pp. 348-49:

Canada c. R., précité, aux pp. 206 et 212; *Banque Toronto-Dominion c. Ministre du Revenu national* (1990), 39 F.T.R. 102, à la p. 105.

Dans l'affaire *Evans Coleman and Evans Ltd. c. R.A. Nelson Construction Ltd.*, la demanderesse avait tenté de saisir-arrêter des fonds dus à la défenderesse, qui étaient détenus par une banque. Une deuxième banque était titulaire d'une cession générale de créances comptables signée par la défenderesse. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la cession générale de créances comptables avait complètement transféré la propriété des créances comptables, et que la défenderesse n'avait plus aucun droit susceptible de faire l'objet d'une saisie-arrêt.

Dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. R.*, le juge Muldoon de la Cour fédérale, Section de première instance, est arrivé à une conclusion similaire que la Cour d'appel fédérale a confirmée à l'unanimité. Aux termes de l'acte de cession, le cédant Miles s'était engagé par contrat à agir à titre de fiduciaire des fonds qu'il avait cédés à la Banque Royale en vertu d'une cession générale de créances comptables. Le MRN prétendait qu'un cessionnaire ne peut détenir sur les sommes saisies-arrêtées un droit plus important que celui du cédant. Le juge Muldoon a rejeté cet argument, concluant, à la p. 212:

J'estime que cet argument passe à côté de la question. En mettant sur le même pied les droits du cédant et du cessionnaire sur les créances, on méconnaît la nature et l'effet mêmes du transport: en effet, les créances appartiennent au cessionnaire et non au cédant. Pour ceux qui ne consultent pas le registre des sûretés mobilières, le cédant apparaîtra bien sûr probablement comme un créancier commercial ordinaire. Cependant, après avoir transporté ses créances, le cédant, Miles, agit en réalité à titre de fiduciaire des créances pour le compte de la cessionnaire, la banque demanderesse. En l'espèce, la Couronne a reçu ce qui appartenait à la Banque.

Dans *Lettner c. Pioneer Truck Equipment Ltd.*, le juge Guy de la Cour d'appel du Manitoba fait des commentaires sur la nature et l'effet d'une cession générale de créances comptables, aux pp. 348 et 349:

78

79

80

As between Pioneer Truck and the bank, Pioneer Truck knows that its accounts receivable or book debts belong to the bank. In equity it cannot be heard to say that it owns these book debts.

[TRADUCTION] En ce qui concerne Pioneer Truck et la banque, Pioneer Truck sait que ses comptes débiteurs ou créances comptables appartiennent à la banque. Elle ne peut pas, en *equity*, déclarer qu'elle est propriétaire de ces créances comptables.

The fact that banking practice in Canada permits the extension of credit to going concerns, and permits the borrowers (by licence, as it were) to collect some accounts to pay wages and current creditors, does not destroy the absolute and specific quality of the legal assignment to the bank.

Le fait qu'il est d'usage courant dans les banques canadiennes de permettre aux entreprises en activité d'obtenir du crédit et aux emprunteurs (par autorisation administrative, pour ainsi dire) de percevoir certains comptes afin de payer les salaires et les comptes courants ne change en rien le caractère absolu et spécifique de la cession consentie à la banque.

81 In *Toronto-Dominion Bank v. Minister of National Revenue*, Jerome A.C.J. of the Federal Court Trial Division conducted a thorough review of the authorities, including those discussed above, and concluded at p. 105:

Dans l'affaire *Banque Toronto-Dominion c. Ministre du Revenu national*, le juge en chef adjoint Jerome de la Cour fédérale, Section de première instance, a procédé à un examen approfondi de la jurisprudence, dont celle analysée plus haut, et a conclu, à la p. 105:

In light of the preceding authorities, and particularly in light of the Federal Court of Appeal's decision in *Royal Bank of Canada v. The Queen*, which is entirely binding on this Court, I must conclude that the general assignment of book debts granted April 26, 1983, by J.K. Campbell and Associates Limited to the Toronto-Dominion Bank constituted an absolute transfer of all property and interest previously held by J.K. Campbell in its accounts or other book debts, present or future. Accordingly, after April 26, 1983, the Toronto-Dominion Bank had full legal and equitable title in all accounts that were owing or that would become owing by debtors of J.K. Campbell unless such right was otherwise expropriated by competent and valid legislation.

À la lumière des autorités précitées, et en particulier de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. La Reine*, qui lie la présente Cour, je dois conclure que la cession générale de créances comptables faite le 26 avril 1983 par J.K. Campbell and Associates Ltd. à la Banque Toronto-Dominion constituait un transfert inconditionnel de tous les biens et droits détenus antérieurement par J.K. Campbell sur ces comptes ou autres créances comptables, actuels ou futurs. En conséquence, après le 26 avril 1983, la Banque Toronto-Dominion a un droit absolu, en common law et en *equity*, sur toutes les créances qui étaient ou seraient dues par les débiteurs de J.K. Campbell, à moins qu'elle n'ait été autrement expropriée de ce droit au moyen d'une loi valide.

82 In addition to establishing that an absolute assignment of book debts transfers property in the debts to the assignee, the cases discussed above also stand for the simple and obvious proposition that the true nature of an assignment can only be determined by examining the particular wording of the instrument which creates the assignment.

En plus d'établir qu'une cession absolue de créances comptables transfère au cessionnaire la propriété des créances, la jurisprudence que je viens d'examiner étaye aussi la proposition simple et évidente voulant que la nature véritable d'une cession ne puisse être déterminée que par l'examen du texte de l'écrit constitutif de la cession.

83 The assignments in each of the three cases which are involved in these appeals all contain language which makes it clear that they are immediate

Dans chacune des trois affaires ici en cause, le libellé de l'acte de cession établit clairement que la cession est immédiate et absolue. L'acte de cession

and absolute. Typical is the assignment from Land-Rock Resources to Alberta Treasury Branches, which provides:

THE UNDERSIGNED Land-Rock Resources Ltd. for valuable consideration HEREBY ASSIGNS AND TRANSFERS to Province of Alberta Treasury Branches (herein called "Treasury Branches") all debts, demands and choses in action now due or hereafter to become due, together with all judgments and securities for the said debts, demands and choses in action, and all other rights and benefits in respect thereof which now are or may hereafter become vested in the undersigned.

It was noted in *Royal Bank of Canada v. R.*, at p. 202, that there may be a distinction between an absolute assignment and one that provides that, in the event of default and the non-remedy of the default, the bank may without further notice deal with the book debts. Such wording appears to be less than an absolute assignment and creates for the lending institution a charge on the book debts which does not crystallize into property in the debts until there has been an unremedied default.

While it does not fall to be decided in this case, it seems likely that such an assignment does not transfer property to the lending institution and thus, at least prior to default on the part of the assignor, the lending institution would be a secured creditor under s. 224(1.3). This type of conditional wording is not present in any of the instruments at issue in these appeals, all of which are unconditional and absolute.

Moreover, at least one of the instruments provides that the assignor is a trustee for the book debts held by the lending institution. In *Royal Bank of Canada v. R.*, Muldoon J. held that the fact that the assignor is in the position of a trustee is a further indication that the assignment passes property to the assignee. The assignment from Bodor to the Toronto-Dominion Bank provides:

IT IS HEREBY DECLARED AND AGREED that all money received by the Assignor in payment of any

de Land-Rock en faveur de l'Alberta Treasury Branches est caractéristique:

[TRADUCTION] LA SOUSSIGNÉE Land-Rock Resources Ltd. CÈDE ET TRANSFÈRE, PAR LES PRÉSENTES, au Province of Alberta Treasury Branches (ci-après «Treasury Branches»), moyennant contrepartie, la totalité des créances, des demandes de paiement et des droits incorporels, échus ou à échoir, ainsi que tous les jugements et garanties au titre desdites créances, demandes de paiement et droits incorporels, ainsi que tous les autres droits et avantages y relatifs dont la soussignée est ou peut devenir titulaire.

On a fait remarquer dans la décision *Banque Royale du Canada c. R.*, à la p. 202, qu'il peut exister une distinction entre une cession absolue et une cession qui prévoit que, en cas de défaut et d'omission de remédier à ce défaut, la banque peut disposer des créances comptables sans autre préavis. Pareille formulation semble loin de constituer une cession absolue et crée en faveur de l'établissement de crédit un droit réel sur les créances comptables, dont il ne devient propriétaire que s'il n'est pas remédié au défaut.

Bien que nous n'ayons pas à trancher la question en l'espèce, il semble qu'une telle cession ne transfère pas la propriété à l'établissement de crédit et que, par conséquent, l'établissement de crédit soit un créancier garanti au sens du par. 224(1.3), tout au moins avant qu'il y ait défaut de la part du cédant. Ce genre de condition ne se trouve dans aucun des écrits en cause dans les présents pourvois, qui sont tous constitutifs de cessions inconditionnelles et absolues.

De plus, au moins un des écrits prévoit que le cédant est fiduciaire des créances comptables détenues par l'établissement de crédit. Dans la décision *Banque Royale du Canada c. R.*, le juge Muldoon a conclu que le fait que le cédant soit dans la position d'un fiduciaire constitue un autre indice que la cession transfère la propriété au cessionnaire. L'acte de cession conclu entre Bodor et la Banque Toronto-Dominion prévoit:

[TRADUCTION] IL EST DÉCLARÉ ET CONVENU, PAR LES PRÉSENTES, que toutes les sommes touchées par

84

85

86

debts, demands and choses in action . . . shall be received and held by the Assignor in trust for the Bank.

87 It should be noted that the fact that the GABD is referred to as “continuing collateral security” in two of the instruments does not make the GABD anything less than absolute. In both *Evans Coleman* and *Letner*, the GABDs contained language that the general assignment of book debts would be continuing collateral security and in each case the courts held that such language did not affect the absoluteness of the assignment.

88 At the Alberta Court of Appeal, the MNR took the position that even if legal title was transferred to the assignee by the GABD, the assignor tax debtor retained an equitable interest in the nature of an equity of redemption which was sufficient for the book debts to remain the “property” of the tax debtor.

89 Côté J.A. responded to this argument by stating that while in theory the tax debtor held an equity of redemption, this equity could not be exercised in practice except by application to a court of equity. Such an application would only be granted by a court of equity where the value of the book debts exceeded the value of the loans which they secured. He concluded that in cases like the three on appeal, where the value of the loans exceeded the value of the book debts, there is no real equity of redemption. He also held that the only property of the tax debtor was the equity of redemption and that the MNR did not claim that interest.

90 I agree with Côté J.A. that the tax debtor retains an equity of redemption upon an assignment of its book debts. *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1980), vol. 32, at para. 401, defines a mortgage as “a disposition of property as security for a debt” which “may be effected . . . by an assignment of a chose in action” such as a book debt. At para. 407 *Halsbury's* also states that:

Incident to every mortgage is the right of the mortgagor to redeem, a right which is called his equity of redemp-

ment et droits incorporels [. . .] sont reçues et détenues en fiducie par le cédant pour le compte de la banque.

Il y a lieu de souligner que le fait que la cession générale de créances comptables soit qualifiée de «garantie accessoire et permanente» dans deux des écrits n'en change pas le caractère absolu. Dans les affaires *Evans Coleman* et *Letner*, l'acte de cession générale de créances comptables précisait qu'elle constituerait une garantie accessoire et permanente et, dans les deux cas, les tribunaux ont statué que cette qualification ne changeait en rien le caractère absolu de la cession.

Devant la Cour d'appel de l'Alberta, le MRN a soutenu que, même si le titre de propriété était transféré au cessionnaire par la cession générale de créances comptables, le débiteur fiscal cédant conservait un droit d'*equity* tenant d'un droit de rachat, qui suffisait pour que les créances comptables demeurent le «bien» du débiteur fiscal.

Le juge Côté a répondu à cet argument que le droit de rachat, que le débiteur fiscal possède en théorie, ne peut être exercé en pratique, sauf sur demande présentée à un tribunal d'*equity*. Un tribunal ne ferait droit à une telle demande que dans le cas où la valeur des créances comptables excéderait celle des prêts garantis par ces créances. Le juge Côté a conclu qu'il n'existe pas de véritable droit de rachat dans des cas comme en l'espèce où la valeur des prêts est supérieure à celle des créances comptables. Il a aussi conclu que le débiteur fiscal ne possède qu'un droit de rachat et que le MRN n'a pas revendiqué ce droit.

Je suis d'accord avec le juge Côté pour dire que le débiteur fiscal conserve un droit de rachat lorsqu'il cède ses créances comptables. *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1980), vol. 32, au par. 401, définit le *mortgage* comme étant [TRADUCTION] «l'aliénation d'un bien à titre de garantie d'une dette» qui «peut se faire [. . .] par la cession d'un droit incorporel» comme une créance comptable. Au paragraphe 407, *Halsbury's* affirme aussi:

[TRADUCTION] Le droit de rachat du débiteur sur *mortgage* se rattache à tout *mortgage*; c'est son droit de

tion . . . This right arises from the transaction being considered as a mere loan of money secured by a pledge of the estate.

Thus *prima facie* an assignor of book debts retains an equitable right to redeem his assignment of the book debts once the debt obligation which is secured by the book debts has been completely discharged by the assignor.

I also agree with Côté J.A. that in the context of these appeals the fact that the tax debtors in theory hold an equity of redemption in their book debts is of purely academic interest since, on the facts, the value of the loans secured by the book debts far exceeds the value of the debts themselves. Thus there is no value in the equity of redemption held by the tax debtors. While the equity of redemption theoretically exists, for practical purposes it is incapable of any realization.

The appellant MNR argues, however, that Côté J.A. erred by focusing his attention on whether the value of the loans exceeds the value of the book debts. The MNR points out that if the relative value of the loan and the security is the only relevant factor then a tax debtor who operates his business with the assistance of a revolving line of credit secured by an assignment of book debts (which is a common business arrangement) would fluctuate between being and not being a secured creditor on an almost daily basis depending on the relative value of the collectibles and the line of credit of the business.

I share the MNR's concern that the relative value of the loan and the book debts is not the sole determining factor as to whether the assignor's equity of redemption makes the book debts his "property".

As a matter of law, an absolute assignment of book debts makes those book debts the property of the assignee. Those book debts remain the property of the assignee until the assignor actually exercises his equitable right to redeem. It is a necessary precondition to the exercise of the equity of redemption that the loans secured by the assignment be

rachat [. . .] Ce droit découle de l'opération considérée comme un simple prêt garanti par un nantissement de patrimoine.

Donc, à première vue, un cédant de créances comptables conserve un droit d'*equity* de racheter la cession en question une fois qu'il a acquitté entièrement la dette garantie par les créances comptables.

Je conviens également avec le juge Côté que, dans le contexte des présents pourvois, le fait qu'un débiteur fiscal possède, en principe, un droit de racheter ses créances comptables n'a qu'un intérêt purement théorique puisque, selon les faits, la valeur des prêts garantis par les créances comptables excède de beaucoup celle des créances elles-mêmes. En conséquence, le droit de rachat des débiteurs fiscaux ne leur est d'aucune utilité. Bien que ce droit existe en théorie, il ne peut être exercé en pratique.

L'appelant le MRN soutient cependant que le juge Côté a commis une erreur en se concentrant sur la question de savoir si la valeur des prêts excédait celle des créances comptables. Il souligne que si la valeur relative du prêt et de la garantie est le seul facteur pertinent, alors un débiteur fiscal qui exploite son entreprise au moyen d'une marge de crédit renouvelable garantie par une cession de créances comptables (une pratique commerciale courante) pourrait être un créancier garanti une journée, mais ne pas l'être le lendemain, selon la valeur relative des sommes recouvrables et de la marge de crédit de son entreprise.

À l'instar du MRN, je me demande si la valeur relative du prêt et des créances comptables n'est pas le seul facteur qui détermine si le droit de rachat du cédant a fait des créances comptables un «bien» lui appartenant.

En droit, le cessionnaire devient propriétaire des créances comptables visées par une cession absolue. Ces créances comptables demeurent la propriété du cessionnaire jusqu'à ce que le cédant exerce le droit de rachat qui lui est reconnu en *equity*. Pour que le droit de rachat puisse être exercé, les prêts garantis par la cession doivent

91

92

93

94

paid off in full, along with any accrued interest and costs.

avoir été payés en totalité, en plus des intérêts courus et des frais.

95 With respect, however, while it is a necessary precondition that the value of the security exceed the value of the loan in order to exercise the right of redemption, the fulfilment of this precondition is not sufficient to return the book debts to the property of the assignor. The assignor must also choose to exercise the right of redemption which will mean a termination of the loan arrangement with the lending institution.

En toute déférence, toutefois, même si la valeur de la garantie doit nécessairement être supérieure à celle du prêt pour que puisse être exercé le droit de rachat, le respect de cette condition préalable n'est pas suffisant pour que le cédant redevienne propriétaire des créances comptables. Le cédant doit aussi choisir d'exercer ce droit de rachat et mettre ainsi fin à la convention de prêt avec l'établissement de crédit.

96 At base, the equity of redemption is no more than a recognition that the assignment of debts to the creditor, while immediate and absolute, is for a limited purpose. In equity, the creditor cannot unjustly enrich itself by realizing on more security than the value of the loan which is secured. At any given time the value of the security may exceed the value of the loan, but upon termination of the lending relationship, the assignor of the security is entitled, in equity, to an accounting.

Au départ, le droit de rachat n'est qu'une façon de reconnaître que la cession des créances au créancier, quoique immédiate et absolue, ne vise qu'une fin limitée. En *equity*, le créancier ne peut s'enrichir sans cause en réalisant des garanties d'une valeur supérieure à celle du prêt garanti. La valeur de la garantie peut toujours excéder la valeur du prêt, mais lorsque la relation entre le prêteur et l'emprunteur prend fin, le cédant de la garantie a droit, en *equity*, à une reddition de compte.

97 In determining whether the book debts, once assigned, are the "property" of the assignor or of the assignee, the Court must choose between two competing definitions of "property". One definition is the immediate legal title to what had been assigned and the other is a potential interest enforceable only in equity to reacquire property which has been assigned to another, contingent upon successfully fulfilling the terms of the loan agreement.

Pour déterminer si les créances comptables cédées constituent le «bien» du cédant ou celui du cessionnaire, la cour doit choisir entre deux définitions opposées de ce terme. Ainsi, un bien peut être le titre de propriété immédiat relatif à ce qui a été cédé, ou un droit éventuel, exécutoire en *equity* seulement, de racheter le bien qui a été cédé à une autre personne pourvu que les conditions du prêt aient été respectées.

98 In *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, it was held that the words of the *Income Tax Act* are to be read in their plain and ordinary sense. The plain and ordinary meaning of "property" is legal title and not a contingent future equitable right to reacquire property which one does not presently hold. The very term "equity of redemption" highlights the fact that property is not presently held by the assignor, but rather there is a limited right to reacquire property at a future date.

Dans l'affaire *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, on a statué que les termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être interprétés selon leur sens ordinaire. Le terme «bien» s'entend ordinairement d'un titre de propriété et non d'un droit futur éventuel, reconnu en *equity*, de racheter un bien qu'une personne ne détient pas pour l'instant. L'expression «droit de rachat» elle-même fait ressortir le fait que le bien n'est pas actuellement détenu par le cédant, mais qu'il existe plutôt un droit restreint de racheter ce bien à une date ultérieure.

The central thrust of the MNR's submissions in this Court is contained in para. 45 of his factum, where he states that where title to property is transferred, the phrase "property of another person" must be read to mean "property that, *absent the security interest*, is the property of the person giving the security".

This proposition is contrary to the traditional Canadian jurisprudence that the words of a taxing statute are to read strictly for their plain and ordinary meaning and that only if there is a true ambiguity is the intention of Parliament to be considered.

In the circumstances of these appeals, a strict reading of the taxation statute is appropriate. As pointed out by Hunt J. at p. 361, these appeals raise not only the traditional tax interpretation principle of resolution of ambiguity in favour of the taxpayer: *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, at p. 72. They also raise the well-known principle that, in the absence of clear and unequivocal language, there is a presumption that proprietary rights are not to be taken away without provision being made for compensation.

In the context of these appeals, the interpretation of s. 224 urged by the MNR would have the effect of expropriating property to which the lender is legally entitled under its security agreement with the tax debtor. The taxes which would be garnished and withheld from the lending institution are not taxes owed by the lender but rather taxes owed by its debtor.

The lending institutions are innocent third parties whose proprietary rights would be expropriated by the provisions of s. 224 and accordingly those provisions must be read strictly to determine whether the expropriatory language is clear and unequivocal.

However, it is not necessary to resort to strict interpretation to resolve these appeals. In this case the plain and ordinary meaning of the phrase "property of another person" is property now held

L'essentiel de l'argumentation du MRN devant notre Cour figure au par. 45 de son mémoire, où il affirme que, dans le cas où il y a transfert du titre de propriété, l'expression [TRADUCTION] «bien d'une autre personne» doit être interprétée comme signifiant «bien qui, *en l'absence de la garantie*, est le bien de la personne qui donne la garantie».

Cette proposition va à l'encontre de la jurisprudence canadienne traditionnelle qui veut que les termes d'une loi fiscale soient interprétés restrictivement selon leur sens ordinaire et qu'il ne faille tenir compte de l'intention du législateur qu'en cas d'ambiguïté véritable.

Dans les circonstances des présents pourvois, il convient d'interpréter restrictivement la loi fiscale. Comme l'a fait remarquer le juge Hunt, à la p. 361, ces pourvois soulèvent non seulement le principe traditionnel d'interprétation fiscale selon lequel toute ambiguïté doit jouer en faveur du contribuable (*Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, à la p. 72), mais aussi le principe bien connu qu'il existe, en l'absence de termes clairs et non équivoques, une présomption que les droits de propriété d'une personne ne peuvent lui être retirés sans qu'elle soit indemnisée.

Dans le contexte de présents pourvois, l'interprétation de l'art. 224, préconisée par le MRN, aurait pour effet d'exproprier des biens auxquels le prêteur a légalement droit en vertu du contrat de garantie qu'il a conclu avec le débiteur fiscal. Les impôts qui seraient saisis-arrêtés et prélevés auprès de l'établissement de crédit sont non pas des impôts dus par le prêteur, mais bien des impôts dus par son débiteur.

Les établissements de crédit sont des tiers innocents dont les droits de propriété feraient l'objet d'une expropriation en vertu de l'art. 224, et il faut donc interpréter strictement cette disposition afin de déterminer si l'expropriation est prévue de manière claire et non équivoque.

Cependant, il n'est pas nécessaire de recourir à une interprétation stricte pour résoudre les présents pourvois. En l'espèce, le sens ordinaire de l'expression «bien d'une autre personne» est le bien

99

100

101

102

103

104

by another person. This interpretation makes sense of the words without reading anything into the statute and respects the well-established principle of interpretation that statutes are to be read as though presently speaking.

105 One of the cardinal principles of the plain and ordinary meaning approach is that nothing be read into a section unless no sense can be made of that section without the addition of the extra words. The plain and ordinary meaning of the statutory words simply does not bear the strained interpretation urged by the MNR of “property that, *absent the security interest*, is the property of the person giving the security”.

106 In addition to offending the principle that extra words should not be read into a section unless absolutely necessary, this proposed reading attempts to read in wording which can be expressly found in another part of the same section. Section 224(1.2)(b) applies to “a secured creditor who has a right to receive the payment that, but for a security interest in favour of the secured creditor, would be payable to the tax debtor”. The emphasized words in s. 224(1.2)(b) are identical in effect to the words which the MNR seeks to introduce into the definition of secured creditor.

107 The use of a particular phrase in other parts of the *Income Tax Act* militates against reading that same phrase into a section of the Act where it is not found. This is particularly so where the phrase is found in the very same section as the disputed wording, and the section in question has been the subject of amendments twice within the last decade.

108 If Parliament had intended that s. 224(1.2) should cover all persons who hold a security interest, it could have defined “secured creditor” as any person who holds a security interest without the deliberately limiting words “in the property of another person”. Alternatively, it could have expressly provided “property that but for a security interest in favour of the secured creditor would be

maintenant détenu par une autre personne. Cette interprétation dégage un sens des mots sans rien introduire dans la Loi et respecte le principe d'interprétation reconnu selon lequel la loi est censée parler au présent.

L'un des principes cardinaux de l'analyse fondée sur le sens ordinaire est qu'il ne faut rien introduire dans une disposition, sauf si l'on ne peut en dégager de sens sans y ajouter des mots. Le sens ordinaire des termes employés dans la Loi n'a aucun rapport avec l'interprétation forcée que préconise le MRN, savoir qu'il s'agit d'un [TRADUCTION] «bien qui, *en l'absence de garantie*, est le bien de la personne qui donne la garantie».

En plus de contrevenir au principe qu'il ne faut pas ajouter des mots à une disposition, sauf s'il est absolument nécessaire de le faire, l'interprétation proposée tente d'introduire des termes explicitement utilisés dans une autre partie de la même disposition. L'alinéa 224(1.2)b) s'applique à «un créancier garanti, à savoir une personne qui, grâce à une garantie en sa faveur, a le droit de recevoir la somme autrement payable au débiteur fiscal». Les mots que j'ai soulignés ont un effet identique à celui des termes que le MRN cherche à introduire dans la définition de «créancier garanti».

L'utilisation d'une expression particulière dans d'autres parties de la *Loi de l'impôt sur le revenu* milite contre son introduction dans une disposition où elle ne figure pas, à plus forte raison lorsque l'expression se trouve dans la même disposition que le libellé contesté et que la disposition en question a été modifiée à deux reprises au cours de la dernière décennie.

Si le Parlement avait voulu que le par. 224(1.2) s'applique à toutes les personnes qui détiennent une garantie, il aurait pu préciser que l'expression «créancier garanti» désigne une personne qui détient une garantie, sans y ajouter la restriction «sur un bien d'une autre personne». Subsidiairement, il aurait pu parler explicitement d'«un bien qui, en l'absence d'une garantie en faveur du

the property of another person”, thus echoing the phrasing found in the rest of the section.

In spite of two recent amendments to this section, Parliament chose not to define secured creditor in the manner urged by the appellant MNR. To read into the section the words suggested by the MNR would be an unwarranted judicial usurpation of the legislative function. The only conclusion which can be drawn from the plain and ordinary meaning of the words which do appear in the Act is that Parliament did not intend to bring creditors who actually owned the title to the security interest within the purview of the section.

It is my conclusion that these appeals can be resolved without resort to any special principles of interpretation tailored to the expropriatory nature of this particular provision.

If I am mistaken in this conclusion, and there is an ambiguity in the meaning of the word “property” then I would hold that the specific effect of this section warrants a strict resolution of any ambiguity in favour of the respondents. Such an interpretation requires that “property” be read to mean present legal title in preference to a future contingent equitable right to reacquire property not currently held. It also requires that words expressly found in another part of the same section not be read without cause into the definition of secured creditor.

In summary, these appeals should be resolved as follows:

1. The definition of “security interest” is broad enough to include a general assignment of book debts even where that assignment is absolute.
2. The wording of s. 224(1.2), as amended in 1990, is sufficiently clear and unequivocal to allow a transfer of property in the garnished funds to the MNR and to grant him a priority in circumstances where the rest of that section applies.

créancier garanti, serait le bien d’une autre personne», reprenant ainsi la terminologie que l’on trouve dans le reste de la disposition.

Malgré deux modifications récentes apportées à cette disposition, le Parlement a choisi de ne pas définir l’expression «créancier garanti» de la façon proposée par l’appelant le MRN. Introduire dans la disposition les termes proposés par le MRN constituerait une usurpation injustifiée de la fonction législative par le pouvoir judiciaire. La seule conclusion qui peut être dégagée du sens ordinaire des termes utilisés dans la Loi est que le Parlement n’a pas voulu que les créanciers qui étaient en réalité propriétaires du titre de garantie soient visés par cette disposition.

Je conclus qu’il est possible de trancher les présents pourvois sans avoir recours à des principes d’interprétation particuliers en raison du caractère expropriateur de cette disposition particulière.

Si ma conclusion était erronée et si le sens du terme «bien» était ambigu, je conclurais alors que l’effet spécifique de cette disposition justifie que toute ambiguïté soit strictement résolue en faveur des intimés. Dans un tel cas, il faut interpréter le terme «bien» comme signifiant le titre de propriété actuel plutôt qu’un droit futur éventuel, reconnu en *equity*, de racheter un bien qu’on ne détient pas actuellement. Il faut également éviter de considérer, sans raison, que la définition de «créancier garanti» inclut des termes explicitement utilisés dans une autre partie de la disposition.

En résumé, les présents pourvois devraient être tranchés de la façon suivante:

1. La définition du terme «garantie» est suffisamment large pour comprendre une cession générale de créances comptables même s’il s’agit d’une cession absolue.
2. Le libellé du par. 224(1.2), modifié en 1990, est suffisamment clair et net pour permettre de transférer au MRN la propriété des fonds saisis-arrêtés et lui accorder la priorité dans les circonstances où le reste de la disposition s’applique.

109

110

111

112

- | | |
|---|--|
| <p>3. An assignee of an absolute assignment of book debts is not a “secured creditor” within the meaning of s. 224(1.3) because he does not hold a security interest “in the property of another person”.</p> <p>4. Therefore, s. 224(1.2) of the <i>Income Tax Act</i> and s. 317(3) of the <i>Excise Tax Act</i> are not effective to grant the appellant MNR an interest in or priority over debts owed to the assignee of a GABD.</p> | <p>3. Le cessionnaire d’une cession absolue de créances comptables n’est pas un «créancier garanti» au sens du par. 224(1.3), parce qu’il ne détient pas une garantie «sur un bien d’une autre personne».</p> <p>4. En conséquence, le par. 224(1.2) de la <i>Loi de l’impôt sur le revenu</i> et le par. 317(3) de la <i>Loi sur la taxe d’accise</i> n’ont pas pour effet d’accorder à l’appelant le MRN un droit ou la priorité sur les créances du cessionnaire d’une cession générale de créances comptables.</p> |
|---|--|

IV. Disposition

113 All three appeals should be dismissed with costs to the respondents.

Appeals allowed with costs, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent Province of Alberta Treasury Branches: Bruni Greenan Klym, Calgary; Parlee McLaws, Calgary.

Solicitors for the respondent the Toronto-Dominion Bank: Howard, Mackie, Calgary.

IV. Dispositif

Les trois pourvois devraient être rejetés avec dépens en faveur des intimés.

Pourvois accueillis avec dépens, les juges IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l’appelante: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l’intimé le Province of Alberta Treasury Branches: Bruni Greenan Klym, Calgary; Parlee McLaws, Calgary.

Procureurs de l’intimée la Banque Toronto-Dominion: Howard, Mackie, Calgary.

Jerry Benjamin Nikal *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Alliance of Tribal Councils, Delgamuukw et al., the Fisheries Council of British Columbia, the Canadian National Railway Company, the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NIKAL

File No.: 23804.

1995: November 30; 1996: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Appellant charged with fishing without a licence — Whether licensing scheme infringing appellant's aboriginal rights and therefore not applying to him — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 4(1).

Appellant is a native charged with fishing without a licence contrary to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. Native persons, although required to have a licence, were entitled to a free permit to fish for salmon in the manner they preferred. Appellant had been gaffing salmon in the Bulkley River where it flows through his reserve. He took the position that the licensing scheme infringed his aboriginal rights as provided in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and was therefore inapplicable. He further contended that the river is, at this point, part of his reserve so that only

Jerry Benjamin Nikal *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, l'Alliance of Tribal Councils, Delgamuukw et autres, le Fisheries Council of British Columbia, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, la BC Fisheries Survival Coalition et la BC Wildlife Federation *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. NIKAL

N° du greffe: 23804.

1995: 30 novembre; 1996: 25 avril.

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

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

Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Appellant accusé d'avoir pêché sans permis — Le régime de délivrance de permis viole-t-il les droits ancestraux de l'appellant et est-il par conséquent inapplicable à ce dernier? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-britannique, DORS/84-248, art. 4(1).

L'appellant, un autochtone, a été accusé d'avoir pêché sans permis, contrairement au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Même s'ils étaient tenus de détenir un permis, les autochtones avaient le droit d'obtenir, sans frais, un permis les autorisant à pêcher le saumon de la manière qu'ils préféraient. L'appellant avait pris du saumon à la gaffe dans la rivière Bulkley, là où elle traverse sa réserve. L'appellant a fait valoir que le régime de délivrance de permis porte atteinte aux droits ancestraux qui lui sont garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'il est donc inapplicable. Il a également affirmé que, à cet endroit, la rivière fait partie de sa réserve et que, en conséquence, seul s'appliquait le règlement administratif de

the band by-law, which allowed band members unrestricted fishing in the river, applied.

Appellant was acquitted at trial and the acquittals were upheld by the Summary Conviction Appeal Judge. The acquittals were set aside by the Court of Appeal. The constitutional question before this Court queried whether s. 4(1) of the Regulations and licences issued under it were of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances by reason of the aboriginal rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In essence, two issues are raised: (1) whether the band's fishing by-law applies to the Bulkley River where it flows through the band's reserve, and (2) whether the licence requirement under s. 4(1) of the Regulations infringes the appellant's aboriginal rights contrary to s. 35.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Historical documents available to the public were relied on. All parties had an opportunity to review and make submissions pertaining to them.

The Crown did not intend to grant an exclusive fishery to the band when it created the reserve. Reserve commissioners were not given authority to bind the Crown and were instructed not to assign fishing rights irrevocably and absolutely. The Crown's policy against the granting of exclusive fisheries to the Indians was often and forcefully stated. No evidence supported the position that the Department of Indian Affairs had intended to grant the bands exclusive fisheries but the Department of Marine and Fisheries overrode this intention in an inter-departmental jurisdiction dispute. Notwithstanding the band's claim that it was misled as to the grant of an exclusive fishery, the facts surrounding this particular grant considered in light of the expressed general policy indicate an intention to allot only the land of the reserve and not the river.

The portion of the river flowing through the reserve (with the reserve on both sides) does not form part of the reserve through operation of the doctrine of *ad medium filum aquae* to non-navigable water. This doctrine, assuming without deciding that it should apply in Canada, does not apply for three reasons. First, it only applies to non-navigable rivers and the Bulkley River, taking into account its entire length, should be consid-

la bande, qui accorde aux membres de la bande un droit de pêche illimité dans la rivière.

L'appelant a été acquitté au procès. La cour d'appel des poursuites sommaires a confirmé les acquittements, qui ont par la suite été infirmés par la Cour d'appel. La question constitutionnelle soumise à notre Cour est de savoir si le par. 4(1) du Règlement et les permis délivrés sous son régime sont, dans les circonstances, inopérants à l'égard de l'appelant en raison des droits ancestraux protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Essentiellement, deux questions sont soulevées: (1) Le règlement administratif de pêche de la bande s'applique-t-il à la rivière Bulkley, là où elle traverse la réserve de la bande? (2) L'obligation de détenir un permis prévue au par. 4(1) du Règlement porte-t-elle atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, contrevenant ainsi à l'art. 35?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Des documents historiques auxquels le public a accès ont été invoqués. Toutes les parties ont eu la possibilité de les examiner et de faire des observations à leur égard.

La Couronne n'avait pas l'intention d'accorder de pêche exclusive à la bande lorsqu'elle a créé la réserve. Les commissaires des réserves n'étaient pas habilités à lier la Couronne et avaient reçu instruction de ne pas céder de droits de pêche de manière irrévocable et absolue. La politique de la Couronne interdisant l'attribution de pêcheries exclusives aux Indiens a été affirmée de façon catégorique à maintes reprises. Aucun élément de preuve n'étayait la thèse que le ministère des Affaires indiennes entendait accorder des pêcheries exclusives aux Indiens mais que le ministère de la Marine et des Pêcheries avait fait obstacle à cette volonté, dans le cadre d'un conflit de compétences entre ministères. Même si la bande a fait valoir qu'elle avait été amenée à croire qu'on lui accordait une pêche exclusive, examinés à la lumière de la politique générale déclarée, les faits de cette attribution indiquent que l'intention était d'accorder uniquement les terres de la réserve et non la rivière.

La partie de la rivière qui traverse la réserve (et qui est ainsi bordée des deux côtés par la réserve) ne fait pas partie de la réserve par l'application de la doctrine *ad medium filum aquae* aux eaux non navigables. À supposer, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'elle s'applique au Canada, cette doctrine ne s'applique pas en l'espèce pour trois raisons. Premièrement, elle ne s'applique qu'aux rivières non navigables, et la rivière

ered to be navigable. Secondly, when the reserve was created at common law the fishery was a right severable from the title to the river bed. Ownership of the river bed had no effect on the fishery as the Crown specifically refused to grant an exclusive fishery to the band. Thirdly, even if the presumption could be said to apply, it was rebutted in light of the evidence that the Crown never allotted nor intended to allot the river bed to the band.

The onus of establishing a *prima facie* infringement of an aboriginal right rests on the person claiming that right. The existence and the extent of the aboriginal right must first be established. The right established was to fish for food and ceremonial purposes and to provide members of the band with fish necessary for personal food and ceremonial needs but no position was taken as to whether the right extends beyond that. The appellant had no right not to comply with the directions of the Department of Fisheries and Oceans.

A *prima facie* infringement of an aboriginal right does not necessarily occur if something should affect that right. Rights do not exist in a vacuum and the ability to exercise personal or group rights is necessarily limited by the rights of others. The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom without any restriction is not an acceptable concept in our society.

The aboriginal right to fish must be balanced against the need to conserve the fishery stock. This right cannot automatically deny the ability of the government to set up a licensing scheme or program as part of a conservation program since the right's exercise depends on the continued existence of the resource.

Only aboriginal peoples can exercise aboriginal rights. The nature and scope of these rights will frequently be dependant upon membership in particular bands who have established particular rights in specific localities. In this context, a licence may be the least intrusive way of establishing the existence of an individual's aboriginal right as well as preventing non-aboriginals from exercising aboriginal rights.

Conditions of the licence can infringe the rights guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The test

Bulkley, si on la considère dans son ensemble, devrait être considérée comme une rivière navigable. Deuxièmement, lorsque la réserve a été créée, en vertu de la common law, la pêche était séparable du titre relatif au lit de la rivière. Le titre sur le lit de la rivière n'a produit aucun effet à l'égard de la pêche, étant donné que la Couronne a expressément refusé d'accorder à la bande une pêche exclusive. Troisièmement, même s'il était possible d'affirmer que la présomption s'applique, elle a été réfutée compte tenu de la preuve que la Couronne n'a jamais accordé le lit de la rivière à la bande ni eu l'intention de le faire.

Il incombe à la personne revendiquant un droit ancestral d'établir qu'il a été porté atteinte à première vue à ce droit. L'existence et la portée du droit ancestral doivent d'abord être établies. Le droit qui a été établi était celui de pêcher à des fins alimentaires et rituelles et de fournir à d'autres membres de la bande le poisson nécessaire pour satisfaire leurs besoins alimentaires et rituels, mais aucune opinion n'a été exprimée quant à savoir si ce droit a une portée plus large. L'appelant n'avait pas le droit de ne pas se conformer aux ordres du ministère des Pêches et des Océans.

Il n'y a pas nécessairement atteinte à première vue à un droit ancestral si quelque chose entrave l'exercice de ce droit. Les droits n'existent pas dans l'abstrait et les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue, sans restriction aucune, est un concept inacceptable dans notre société.

Il faut mettre en équilibre le droit ancestral de pêcher et la nécessité de conserver les ressources halieutiques. Ce droit ne peut automatiquement priver le gouvernement de la capacité de mettre sur pied un régime ou programme de délivrance de permis faisant partie d'un programme de conservation, car l'exercice du droit en question dépend de la survie de ces ressources.

Seuls les peuples autochtones peuvent exercer des droits ancestraux. La nature et la portée de ces droits dépendent fréquemment de l'appartenance à une bande particulière ayant établi l'existence de certains droits dans une localité donnée. Dans ce contexte, un permis peut constituer le moyen le moins attentatoire d'établir l'existence du droit ancestral d'un individu et d'empêcher les non-autochtones d'exercer des droits ancestraux.

Les conditions prévues par le permis peuvent constituer une atteinte aux droits garantis par l'art. 35 de la

established in *Sparrow* requires: (1) an assessment of whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right, and if so, whether that effect represents a *prima facie* infringement of s. 35(1); and, (2) a determination of whether the limitation is unreasonable, imposes an undue hardship or denies holders of the right the preferred means of exercising the right. The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

The licence, as distinct from its conditions, does not constitute an infringement of s. 35(1). The simple requirement of a licence is not in itself unreasonable; rather, it is necessary for the exercise of the right itself. A licence which is freely and readily available cannot be considered an undue hardship for that term implies more than mere inconvenience. The licence by itself, without its conditions, cannot affect the preferred means of exercising the right since it is nothing more than a form of identification.

The government must justify those conditions of a licence which on their face infringe the s. 35 right to fish. The infringing conditions of the 1986 licence are: (i) the restriction to fishing for food only; (ii) the notations providing that fishing time was subject to change by public notice and that Indian food fishing outside set dates must be licensed by the Provincial Fish and Wildlife Conservation Officer; (iii) the restriction to fishing for the fisher and his or her family only; and (iv) the restriction to fishing for salmon only. These conditions are *prima facie* infringements of the appellant's aboriginal rights: (i) to determine band members who will receive the fish for ultimate consumption; (ii) to select the use (food, ceremonial or religious) of the fish; (iii) to fish for steelhead; and, (iv) to choose the period of time to fish in the river. Other terms of the licence could be infringements if they contradicted the appellant's aboriginal rights. These terms provide for: (i) the prescribed waters in which fishing can take place; (ii) the type of gear which can be used; and, (iii) the fishing times and days. Non-enforcement does not result in these conditions being valid. The holder of a constitutional right need not rely upon the exercise of prosecutorial discretion and restraint for the protection of the right.

Loi constitutionnelle de 1982. Le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* exige: (1) qu'on détermine si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant et, dans l'affirmative, si elle constitue une violation à première vue du par. 35(1); (2) qu'on détermine si la restriction est déraisonnable, indûment rigoureuse ou prive les titulaires du droit de recourir à leur moyen préféré de l'exercer. C'est à l'individu ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu atteinte à première vue.

Le permis lui-même, par opposition aux conditions dont il est assorti, ne constitue pas une atteinte au par. 35(1). La simple obligation d'être titulaire d'un permis n'est pas en soi déraisonnable, mais au contraire nécessaire à l'exercice du droit lui-même. Un permis gratuit et facile à obtenir ne peut être considéré comme étant une mesure indûment rigoureuse, car ces mots impliquent plus qu'un simple inconvénient. Le permis lui-même, indépendamment de ses conditions, ne peut gêner l'exercice du droit par les moyens préférés puisqu'il n'est rien d'autre qu'un moyen d'identification.

Le gouvernement est tenu de justifier les conditions prévues par un permis qui, à la simple lecture de leur texte, portent atteinte au droit de pêche garanti par l'art. 35. Les conditions attentatoires du permis de 1986 sont les suivantes: (i) la pêche ne peut être pratiquée qu'à des fins alimentaires; (ii) les remarques indiquant que la période de pêche peut être modifiée par avis public et que les Indiens qui pratiquent la pêche à des fins alimentaires en dehors de périodes déterminées doivent détenir un permis délivré par l'agent provincial de conservation de la faune et du poisson; (iii) le pêcheur ne peut pratiquer la pêche que pour lui-même et sa famille; (iv) seule la pêche au saumon peut être pratiquée. Ces conditions constituent à première vue des atteintes aux droits ancestraux de l'appelant: (i) de désigner les membres de la bande qui recevront le poisson pour le consommer en bout de ligne; (ii) de décider à quelles fins (alimentaires, rituelles ou religieuses) sera utilisé le poisson; (iii) de pêcher la truite arc-en-ciel; (iv) de décider à quel moment pêcher dans la rivière. Le permis est assorti d'autres conditions qui pourraient être attentatoires si elles entraient en conflit avec les droits ancestraux de l'appelant. Ces conditions concernent: (i) la désignation des eaux où la pêche peut être pratiquée; (ii) le type d'engins de pêche pouvant être utilisés; (iii) les jours et les heures de pêche. Le fait qu'elles ne soient pas appliquées n'a pas pour effet de rendre ces conditions valides. Le titulaire d'un droit constitutionnel n'a pas, pour jouir de la protection de ce droit, à compter que le ministère public fera montre de retenue dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

Sparrow set out questions to be addressed in determining if an infringement of aboriginal or treaty rights could be justified: (1) whether there was a valid legislative objective; and if so (2) whether the honour of the Crown and the special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals was at stake. Further questions might arise depending on the circumstances of the inquiry: whether there had been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation was available, and whether the aboriginal group in question had been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The concept of reasonableness forms an integral part of the *Sparrow* test for justification.

Reasonableness must come into play in aspects of information and consultation. Regulations pertaining to conservation may have to be enacted expeditiously, however, if a crisis is to be avoided. The nature of the situation will have to be taken into account.

The government adduced no evidence to justify the conditions of the licence and accordingly did not meet its onus to do so. The licence and its integral conditions are an indivisible whole. The conditions, even if they could be considered separately, were not severable.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): The requirement of a licence did not constitute a *prima facie* infringement of the appellant's constitutionally protected right to fish for food.

The issue before the Court was whether the act of licensing *per se* was unconstitutional and not whether the conditions attached to the licence were unconstitutional. The charge of failing to obtain a validly required licence must be distinguished from breach of one of the conditions of the licence. The invalidity of licence conditions does not excuse a person from obtaining the licence required by law even if the conditions are "integral" to the licence.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Keewatin Power Co. v. Kenora (Town)* (1906), 13 O.L.R.

Ont été énoncées, dans *Sparrow*, les questions qu'il faut examiner pour déterminer s'il est possible de justifier une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. (1) Existe-t-il un objectif législatif régulier? Si oui, (2) l'honneur de Sa Majesté ainsi que les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones sont-ils en jeu? D'autres questions peuvent également se soulever, selon les circonstances de l'enquête. En tentant d'obtenir le résultat souhaité, a-t-on porté le moins possible atteinte à des droits? Une juste indemnisation est-elle prévue en cas d'expropriation? Le groupe d'autochtones en question a-t-il été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre? Le concept du caractère raisonnable fait partie intégrante du critère de justification établi dans l'arrêt *Sparrow*.

Le caractère raisonnable doit entrer en jeu pour ce qui est des aspects qui concernent l'information et la consultation. Cependant, il est possible que des règlements en matière de conservation doivent être pris rapidement afin d'éviter une crise. Il faudra tenir compte de la nature de la situation.

Le gouvernement n'a présenté aucune preuve susceptible de justifier les conditions fixées par le permis, et il ne s'est donc pas acquitté du fardeau qui lui incombe. Le permis et les conditions qui en font partie intégrante forment un tout indivisible. Même si elles pouvaient être considérées séparément, les conditions ne seraient pas dissociables.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): L'obligation d'obtenir un permis de pêche ne constitue pas à première vue une atteinte au droit de pêcher pour se nourrir qui est garanti à l'appelant par la Constitution.

La Cour était saisie de la question de savoir si le fait de délivrer des permis est en soi inconstitutionnel et non si les conditions dont est assorti le permis sont inconstitutionnelles. Il faut établir une distinction entre l'accusation de ne pas détenir le permis valablement requis et celle d'enfreindre une des conditions du permis. L'invalidité des conditions prévues par un permis ne dispense pas une personne de l'obligation d'obtenir le permis requis par la loi, même si ces conditions font «partie intégrante» du permis.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Keewatin Power Co. c. Kenora (Town)* (1906), 13

237; **considered:** *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; **referred to:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, rev'g [1991] 3 W.W.R. 97; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608; *Marshall v. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274; *Holford v. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150, rev'd on other grounds (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325; *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *R. v. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886); *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161.

By McLachlin J. (dissenting)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the extension and application of "The Fisheries Act," to and in the Provinces of British Columbia, Prince Edward Island and Manitoba, S.C. 1874, c. 28.
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 4(1).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1).
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, No. 70, s. 2 [now *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 2].
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14 (formerly R.S.C. 1970, c. F-14).
Fisheries Act, S.C. 1868, c. 60.
Gitksan-Wet'suwet'en Indian Fishing By-Law, SOR/86-612, ss. 2, 3, 4.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81(1)(o) [am. c. 32 (1st Supp.), s. 15(3)] (formerly R.S.C. 1970, c. I-6 [am. S.C. 1985, c. 27, s. 15.1(2)]).
North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 11.

Authors Cited

Coulson, H. J. W., and Urquhart A. Forbes. *The Law relating to Waters*, 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1902.

O.L.R. 237; **arrêt examiné:** *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; **arrêts mentionnés:** *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, inf. [1991] 3 W.W.R. 97; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608; *Marshall c. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274; *Holford c. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150, inf. pour d'autres motifs (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325; *R. c. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *R. c. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Norton c. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886); *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Acte concernant l'extension et l'application de «l'Acte des Pêcheries» aux provinces de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Manitoba, S.C. 1874, ch. 28.
Acte des Pêcheries, S.C. 1868, ch. 60.
Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 11.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1).
English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, No. 70, art. 2 [maintenant *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 2].
Gitksan-Wet'suwet'en Indian Fishing By-Law, DORS/86-612, art. 2, 3, 4.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81(1)(o) [mod. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 15(3)] (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6 [mod. S.C. 1985, ch. 27, art. 15.1(2)]).
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14 (auparavant *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14).
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(1).

Doctrine citée

Coulson, H. J. W., and Urquhart A. Forbes. *The Law relating to Waters*, 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1902.

La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245, [1993] 5 W.W.R. 629, [1993] 4 C.N.L.R. 117, 33 B.C.A.C. 18, 54 W.A.C. 18, allowing the Crown's appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247, [1991] 2 W.W.R. 359, [1991] 1 C.N.L.R. 162, 5 C.R.R. (2d) 118, upholding the acquittal of the accused by Smyth Prov. Ct. J., [1989] 4 C.N.L.R. 143, on a charge of fishing without a licence. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Peter R. Grant, David Paterson and Peter W. Hutchins, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Arthur C. Pape, for the intervener the Alliance of Tribal Councils.

Michael Jackson, for the interveners Delgamuukw et al.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Patrick G. Foy, for the intervener the Canadian National Railway Company.

Christopher Harvey, Q.C., for the interveners the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation.

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

La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245, [1993] 5 W.W.R. 629, [1993] 4 C.N.L.R. 117, 33 B.C.A.C. 18, 54 W.A.C. 18, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247, [1991] 2 W.W.R. 359, [1991] 1 C.N.L.R. 162, 5 C.R.R. (2d) 118, qui avait confirmé l'acquiescement de l'accusé par le juge Smyth de la Cour provinciale, [1989] 4 C.N.L.R. 143, relativement à une accusation d'avoir pêché sans permis. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Peter R. Grant, David Paterson et Peter W. Hutchins, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Arthur C. Pape, pour l'intervenante l'Alliance of Tribal Councils.

Michael Jackson, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Patrick G. Foy, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Christopher Harvey, c.r., pour les intervenantes la BC Fisheries Survival Coalition et la BC Wildlife Federation.

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

¹ CORY J. — The appellant is a Wet'suwet'en Indian of the Moricetown Band. He lives in the village of Moricetown which is within the boundaries of Moricetown Reserve No. 1. The reserve comprises lands on both sides of the Bulkley River. On July 20 and 23, 1986, officers of the Department of Fisheries and Oceans watched the appellant gaff salmon in the Bulkley River at Moricetown. When he was asked for his licence he stated that he did not have one. He was then charged with fishing without a licence contrary to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. The Regulations provided that Indian people were entitled to a free permit to fish for salmon in the manner they preferred.

² The appellant took the position that the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (formerly R.S.C. 1970, c. F-14), and Regulations did not apply to him as the licensing scheme infringed his aboriginal rights as provided in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The section is found in Part II of that Act, entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", and reads:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

The appellant further contended that the Bulkley River is, at this point, part of the Moricetown Reserve and that as a result he was bound solely by the band by-law as it pertains to fishing in the river.

³ At trial on May 29, 1989, Smyth Prov. Ct. J. acquitted the appellant of the charges. On appeal, the Summary Conviction Appeal Justice Millward J. upheld the acquittals, but on different grounds. On further appeal to the British Columbia Court of Appeal, a majority of the court (Lambert and Hutcheon J.J.A. dissenting) set aside the acquittals and entered convictions on the charges.

LE JUGE CORY — L'appellant, Indien Wet'suwet'en de la bande de Moricetown, vit dans le village de Moricetown, qui se trouve à l'intérieur des limites de la réserve n° 1 de Moricetown. La réserve se compose de terres situées des deux côtés de la rivière Bulkley. Les 20 et 23 juillet 1986, des agents du ministère des Pêches et des Océans ont observé l'appellant en train de prendre du saumon à la gaffe dans la rivière Bulkley à Moricetown. Lorsqu'ils lui ont demandé d'exhiber son permis, il leur a répondu qu'il n'en avait pas. Il a alors été accusé d'avoir pêché sans permis, contrairement au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. Ce règlement indiquait que les Indiens avaient le droit d'obtenir, sans frais, un permis les autorisant à pêcher le saumon de la manière qu'ils préféraient.

L'appellant a fait valoir que la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (auparavant la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14), et son règlement d'application, ne s'appliquaient pas à lui puisque le régime de délivrance de permis portait atteinte aux droits ancestraux qui lui sont garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette disposition, qui se trouve dans la partie II, intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada», est ainsi rédigée:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

L'appellant a également affirmé que, à cet endroit, la rivière Bulkley fait partie de la réserve de Moricetown et que, en conséquence, il était assujéti uniquement au règlement administratif de la bande, pour ce qui concerne la pêche dans la rivière.

Au procès, le 29 mai 1989, le juge Smyth de la Cour provinciale a acquitté l'appellant des accusations portées contre lui. En appel, le juge d'appel Millward des poursuites sommaires a confirmé les acquittements, mais pour des motifs différents. Par la suite, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Lambert et Hutcheon étant dissidents), a annulé les acquittements et inscrit des déclarations de culpabilité à l'égard des accusations.

Issues

By order of the Chief Justice the following constitutional question was stated:

Is s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in July of 1986, and licences issued thereunder, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

The appellant and respondent have agreed that two issues are raised in this appeal. The first is whether the fishing by-law of the Moricetown Band applies to the Bulkley River at Moricetown. The second is whether the licence requirement under s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* infringes the appellant's aboriginal rights, contrary to s. 35.

The Band By-Law

Section 81(1)(o) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly R.S.C. 1970, c. I-6), provides:

81. (1) The council of a band may make by-laws . . . for any or all of the following purposes, namely,

. . . .

(o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve.

Pursuant to that provision, the Moricetown Band Council passed a by-law which provided in part as follows:

Gitksan-Wet'suwet'en Indian Fishing By-Law, SOR/86-612

2. The following definitions apply in this By-Law:

. . . .

Questions en litige

Sur ordonnance du Juge en chef, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en juillet 1986, et les permis délivrés en vertu de ce paragraphe sont-ils, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il invoque?

L'appelant et l'intimée ont convenu qu'il y a deux questions en litige dans le présent pourvoi. Premièrement, le règlement administratif de pêche de la bande de Moricetown s'applique-t-il à la rivière Bulkley, à la hauteur de Moricetown? Deuxièmement, l'obligation de détenir un permis prévue au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* porte-t-elle atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, contrevenant ainsi à l'art. 35?

Le règlement administratif de la bande

L'alinéa 81(1)o) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6), est ainsi rédigé:

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs [. . .] pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

. . . .

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve [«on the reserve»].

Conformément à cette disposition, le conseil de bande de Moricetown a pris un règlement administratif prévoyant en partie ce qui suit:

Gitksan-Wet'suwet'en Indian Fishing By-Law, DORS/86-612

[TRADUCTION] 2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement administratif.

. . . .

4

5

6

7

r) "Waters of the Bands" means all water, waterways, rivers or streams which are located upon, or within boundaries of the reserves set aside for the use and benefit of the Moricetown Band.

3. This By-Law applies in respect and over all waters of the Band.

4. a) Gitksan-Wet'suwet'en persons are permitted to engage in fishing in waters of the Bands at any time and by any means. . . .

Whether or not the by-law could be applied to the Bulkley River will depend on whether that river forms part of the reserve.

Reasons of the Courts Below

Trial, [1989] 4 C.N.L.R. 143

8

Smyth Prov. Ct. J. began by considering the band's by-law. He noted that the Crown had conceded that if the by-law applied to the Bulkley River, it would take priority over the *Fisheries Act* and the Regulations. Section 81(1)(o) of the *Indian Act* authorized the band to make by-laws for the "preservation, protection and management of . . . fish . . . on the reserve". The key issue was therefore the interpretation of the expression "on the reserve". He held, at p. 146, that this expression authorized the band to make by-laws not only in relation to fisheries which were a geographical part of the reserve, but also in relation to "waters that are merely touching, against or at the reserve". Since the Bulkley River touched the Moricetown Reserve, the band's by-law would apply to the river and the appellant could rely on the by-law as a defence to the charges against him. On this ground, Smyth Prov. Ct. J. acquitted the appellant.

Supreme Court of British Columbia (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247

9

Millward J. found that Smyth Prov. Ct. J. erred in his interpretation of the expression "on the reserve". He held that the expression could not be

r) «eaux des bandes» Toute l'eau, y compris les voies d'eau, rivières ou ruisseaux se trouvant dans les réserves mises de côté au profit et à l'usage de la bande de Moricetown ou à l'intérieur des limites de ces réserves [«upon, or within boundaries of the reserves»].

3. Le présent règlement administratif s'applique à toutes les eaux de la bande.

4. a) Les Gitksan-Wet'suwet'en sont autorisés à pêcher dans les eaux des bandes en tout temps et par tous moyens. . . .

Le règlement administratif ne sera applicable à la rivière Bulkley que si celle-ci fait partie de la réserve.

Motifs des juridictions inférieures

Première instance, [1989] 4 C.N.L.R. 143

Le juge Smyth de la Cour provinciale a d'abord examiné le règlement administratif de la bande. Le ministère public, a-t-il signalé, a concédé que, s'il s'appliquait à la rivière Bulkley, ce règlement aurait priorité sur la *Loi sur les pêches* et le règlement. L'alinéa 81(1)o de la *Loi sur les Indiens* autorise la bande à prendre des règlements administratifs pour la «conservation, la protection et la régie . . . du poisson . . . dans la réserve [«on the reserve»]». La question clé était par conséquent l'interprétation de l'expression «on the reserve». Le juge a statué, à la p. 146, que cette expression autorisait la bande à prendre des règlements administratifs à l'égard non seulement des pêcheries faisant géographiquement partie de la réserve, mais également des [TRADUCTION] «eaux qui ne font que toucher à la réserve». Comme la rivière Bulkley touchait à la réserve de Moricetown, le règlement administratif de la bande s'appliquait à la rivière et l'appelant pouvait l'invoquer comme moyen de défense à l'égard des accusations portées contre lui. Pour ce motif, le juge Smyth a acquitté l'appelant.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247

Le juge Millward a conclu que le juge Smyth avait mal interprété l'expression «on the reserve». Il a jugé que cette expression ne pouvait être inter-

read so as to include land outside the boundaries of the reserve. Since the bed of the Bulkley River is not a geographic part of the Moricetown Reserve he found that the by-law did not apply to it, and thus the appellant could not rely upon it.

Millward J. then examined the food fishing licensing regime as a whole and concluded that it constituted a *prima facie* infringement of the appellant's aboriginal right. He then turned to the question of whether this infringement could be justified. He noted that the licensing regime was enacted pursuant to the valid legislative objectives of conservation and management. He observed that because salmon are particularly vulnerable to overfishing, the management of the salmon fishery must be directed by an objective, central organization. He found that the conservation and management concerns justified the imposition of a licensing scheme on all fishers including aboriginals.

Turning to the specific licensing scheme in question, Millward J. considered whether it was rationally connected to the goals of conservation and management. He noted that licences are free, do not restrict the amount of fish which may be caught and impose only minimal conditions on the manner of catching the fish. However, he found that in 1986 the salmon stocks near Moricetown were healthy and there was no need for any conservation steps to be taken in that year.

The Department of Fisheries and Oceans argued that the licensing system was important because it allowed it to exert some control over the fishery if conservation measures were required in the future. Millward J. found the licensing scheme to be lacking in several aspects. First he pointed out that since aboriginal peoples must be given priority in the allocation of salmon, conservation measures should be directed first at other users, such as sport fishers. Second, using licences only to keep track of those who can fish achieves little, and simply provides the Department with the number of people that are fishing with a licence. Third, the licensing scheme does not aid in determining the

prétée comme visant des terres situées à l'extérieur des limites de la réserve. Puisque le lit de la rivière Bulkley ne fait pas géographiquement partie du territoire de la réserve de Moricetown, le règlement administratif ne s'y appliquait pas et ne pouvait donc être invoqué par l'appellant.

Le juge Millward a ensuite examiné l'ensemble du régime de délivrance de permis de pêche de subsistance et conclu que celui-ci constituait à première vue une atteinte au droit ancestral de l'appellant. Puis il s'est demandé si cette atteinte pouvait être justifiée. Il a souligné que ce régime avait été établi en conformité avec les objectifs législatifs réguliers de conservation et de gestion. Il a également fait remarquer que, comme le saumon est particulièrement vulnérable à la surpêche, la gestion de cette pêche doit relever d'une organisation centrale et objective. Il a conclu que les considérations de conservation et de gestion justifiaient l'imposition d'un régime de délivrance de permis à tous les pêcheurs, y compris aux autochtones.

Passant à l'examen du régime de délivrance de permis en cause, le juge Millward s'est demandé si celui-ci avait un lien rationnel avec les objectifs de conservation et de gestion. Il a signalé que les permis sont gratuits, qu'ils ne limitent pas le nombre de prises autorisées et qu'ils n'imposent que des conditions minimales quant aux méthodes de pêche. Cependant, il a conclu que, en 1986, les stocks de saumon près de Moricetown étaient abondants, de sorte qu'aucune mesure de conservation ne s'imposait cette année-là.

Le ministère des Pêches et des Océans a prétendu que le régime de délivrance de permis est important car il lui permet d'exercer une certaine surveillance sur les pêcheries, au cas où des mesures de conservation seraient nécessaires dans le futur. Le juge Millward a conclu que ce régime comportait des lacunes à plusieurs égards. Premièrement, a-t-il noté, puisque les peuples autochtones doivent se voir accorder la priorité dans la répartition du saumon, les mesures de conservation devraient d'abord viser d'autres utilisateurs, tels les pêcheurs sportifs. Deuxièmement, le fait d'utiliser uniquement les permis pour savoir qui peut pêcher ne donne pas grand-chose et ne renseigne le

10

11

12

harvest rates of the fishery since it does not specify how many fish may be caught. Moreover, several alternatives to licensing are available to ensure that fishers receive information about the fishery (i.e., newspaper announcements). In short, the licensing scheme could not be justified either on the basis that it was necessary for information gathering or on the basis that it was necessary for information dissemination.

British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245

Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring)

ministère que sur le nombre de personnes qui pêchent munies d'un permis. Troisièmement, le régime de délivrance de permis ne permet pas de déterminer l'ampleur de la récolte dans la pêcherie, puisqu'il ne précise pas le nombre de poissons pouvant être pris. En outre, plusieurs autres moyens que la délivrance de permis pourraient être utilisés pour assurer la diffusion aux pêcheurs de renseignements sur la pêcherie (p. ex. des annonces dans les journaux). Bref, le régime de délivrance de permis n'a pu être justifié par le fait qu'il était nécessaire soit pour recueillir de l'information, soit pour en communiquer.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245

Le juge Macfarlane (aux motifs duquel le juge Taggart a souscrit)

Le juge Macfarlane de la Cour d'appel a d'abord signalé que l'appelant ne revendiquait pas simplement un droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance, mais plutôt un droit ancestral d'autoréglementation en ce qui concerne la pêche au saumon. De l'avis du juge, l'existence de ce droit d'autoréglementation serait incompatible avec l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, où il a été reconnu que la Couronne pouvait réglementer des droits ancestraux. En outre, dans *Sparrow*, il a été décidé que les mesures de réglementation d'un droit ancestral ne constituent pas toutes à première vue une atteinte à ce droit. La réglementation doit imposer une restriction déraisonnable ou être indûment rigoureuse pour porter atteinte à un tel droit. Voici ce qu'a conclu le juge Macfarlane à cet égard, à la p. 257:

13 Macfarlane J.A. began by observing that the appellant was not simply asserting an aboriginal right to fish for food. Rather, he was asserting an aboriginal right of self-regulation in relation to the salmon fishery. In his view, the existence of the right of self-regulation would be inconsistent with the judgment in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, where it was recognized that the Crown could regulate aboriginal rights. Moreover, in *Sparrow* it was decided that not all regulations of an aboriginal right constituted *prima facie* infringement of that right. A regulation must constitute an unreasonable limitation or impose undue hardship in order for it to infringe an aboriginal right. Macfarlane J.A. concluded at p. 257:

... the requirement that an Indian hold a licence does not constitute a *prima facie* infringement of an aboriginal right. Licensing is a natural part of a centralized scheme to manage fisheries in order to ensure conservation and to achieve a proper allocation of the resource. It is a simple means of determining where and by whom fishing is done and it may provide data necessary to properly manage the resource. Licensing is reasonable and does not cause undue hardship. The licence is free, and available to all band members. It does not deny a

[TRADUCTION] ... l'obligation faite aux Indiens de déterminer un permis ne constitue pas à première vue une atteinte à un droit ancestral. La délivrance de permis est un élément naturel d'un régime centralisé de gestion des pêcheries visant à assurer la conservation de la ressource et à la répartir adéquatement. Il s'agit d'un moyen simple de déterminer où la pêche est pratiquée et par qui, et d'un moyen susceptible de fournir des données nécessaires à la gestion judicieuse de la ressource. La délivrance de permis est une mesure raisonnable, qui n'est pas indûment rigoureuse. Le permis est gratuit et tous les membres de la bande peuvent en obtenir un.

right to fish; it is a small part of the regulation of fishing.

Macfarlane J.A. then considered whether the actual terms of the licence constituted a *prima facie* infringement of the aboriginal right. Although the licence limited fishing activities, Macfarlane J.A. could not characterize these limitations as unreasonable or unduly harsh. Had the appellant obtained a licence, he could have done exactly what he was doing when charged. In the circumstances, there was no *prima facie* infringement.

Macfarlane J.A. then rejected the appellant's argument that the band's by-law afforded him a defence. He found that the by-law had no application outside of the reserve and that the river was outside of the reserve. The appellant could not rely on the principle of *ad medium filum aquae* since in Macfarlane J.A.'s view, the Crown never intended to include the bed of the Bulkley River in the reserve allotted to the Moricetown Band. He found this was demonstrated by the acreage of the allotment and by the firm and consistent rejection by the province and Canada of native claims to foreshore rights.

Finally, the creation of the Moricetown Reserve did not involve a conveyance of land, nor did it result in title's being vested in the band. Therefore, a common law property concept which depends on ownership, such as *ad medium filum aquae*, has no relevance with respect to reserves.

Wallace J.A. (concurring in the result)

In Wallace J.A.'s view, the imposition of a licensing requirement is not, *per se*, an infringement of aboriginal fishing rights. The federal government has the constitutional power to regulate fisheries, and the elders of the Moricetown Band do not have an aboriginal right to excuse band members from complying with federal laws and

La délivrance de permis ne nie pas le droit de pêcher; elle n'est qu'une petite partie de la réglementation de la pêche.

Le juge Macfarlane s'est ensuite demandé si les conditions mêmes du permis constituaient à première vue une atteinte au droit ancestral. Même si le permis limitait les activités de pêche, le juge Macfarlane n'a pu qualifier ces restrictions de déraisonnables ou d'indûment rigoureuses. Si l'appelant s'était procuré un permis, il aurait pu faire exactement ce qu'il faisait au moment de l'infraction. Dans ces circonstances, il n'y avait à première vue aucune atteinte.

Le juge Macfarlane a ensuite écarté l'argument de l'appelant que le règlement administratif de la bande offrait à ce dernier un moyen de défense. Il a conclu que le règlement administratif ne s'appliquait pas à l'extérieur de la réserve et que la rivière se trouvait à l'extérieur de celle-ci. L'appelant ne pouvait invoquer le principe *ad medium filum aquae* (jusqu'au milieu du cours d'eau) puisque, de l'avis du juge Macfarlane, la Couronne n'avait jamais eu l'intention d'inclure le lit de la rivière Bulkley dans la réserve attribuée à la bande de Moricetown. Il a conclu que ce fait était établi par la superficie accordée et par le refus constant et catégorique opposé par la province et le Canada aux revendications des autochtones relativement aux droits sur l'estran.

Enfin, la création de la réserve de Moricetown n'a donné lieu ni à une cession de terres, ni à la dévolution d'un titre à la bande. Par conséquent, un concept du droit des biens en common law tel le principe *ad medium filum aquae*, qui dépend du droit de propriété, n'a aucune pertinence en ce qui concerne les réserves.

Le juge Wallace (qui a souscrit au résultat)

De l'avis du juge Wallace, l'imposition de l'obligation de détenir un permis n'est pas en soi une atteinte aux droits de pêche ancestraux. La Constitution autorise le gouvernement fédéral à réglementer les pêcheries, et les anciens de la bande de Moricetown ne possèdent pas de droit ancestral leur permettant de dispenser les membres

14

15

16

17

regulations respecting fisheries. Wallace J.A. stated that he found himself in agreement with Macfarlane J.A.'s conclusion that licensing *per se* did not constitute a *prima facie* infringement of the right to fish for food, nor did the conditions of this particular licence.

de la bande de se conformer aux lois et règlements du gouvernement fédéral concernant les pêches. Le juge Wallace a déclaré qu'il était d'accord avec la conclusion du juge Macfarlane que la délivrance de permis ne constituait pas en soi une atteinte à première vue au droit de pêcher à des fins de subsistance, pas plus que ne l'étaient les conditions dont était assorti le permis en cause.

18 Wallace J.A. then went on to reject the application of the *ad medium filum aquae* principle on the basis that the Bulkley River is navigable and that the principle has no application to navigable rivers. He found that the proper test for the navigability of a river requires a consideration of the river in its entirety.

Le juge Wallace a ensuite écarté l'application du principe *ad medium filum aquae* pour le motif que la rivière Bulkley est une rivière navigable et que ce principe ne s'applique pas à de telles rivières. Il a conclu que, en vertu du critère applicable pour déterminer la navigabilité d'une rivière, il faut considérer celle-ci dans son ensemble.

Lambert J.A. (dissenting)

Le juge Lambert (dissident)

19 Lambert J.A. began his reasons by dealing with the band's by-law. He found that the Bulkley River was not within the geographic boundaries of the Moricetown Reserve, was therefore not "on the reserve", and *ad medium filum aquae* could not be used to extend the reserve boundaries to include the river. As a result, a defence based on the application of the band's by-law could not succeed.

Dans ses motifs, le juge Lambert a d'abord analysé le règlement administratif de la bande. Il a conclu que la rivière Bulkley ne se trouvait pas dans les limites géographiques de la réserve de Moricetown, qu'elle ne se trouvait donc pas «*on the reserve*» et qu'on ne pouvait invoquer le principe *ad medium filum aquae* pour élargir les limites de la réserve de façon à inclure la rivière dans celle-ci. En conséquence, le moyen de défense fondé sur l'application du règlement administratif de la bande ne pouvait être accueilli.

20 He did, however, state that while the river was not within the reserve, the Moricetown Band nevertheless has an aboriginal title to the exclusive possession, use and enjoyment of the reserve land and to the Bulkley River fishery. Lambert J.A., relying on his reasons in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), found that the band had the right of self-government and self-regulation in relation to this fishery, but that this was an internal right and did not extend beyond the bounds of the reserve.

Il a toutefois déclaré que, même si la rivière ne se trouvait pas à l'intérieur de la réserve, la bande de Moricetown avait néanmoins un titre ancestral lui conférant la possession, l'utilisation et la jouissance exclusives des terres de la réserve et de la pêcherie dans la rivière Bulkley. S'appuyant sur les motifs qu'il avait prononcés dans *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B), le juge Lambert a conclu que, à l'égard de cette pêcherie, la bande avait un droit fondé sur l'autonomie gouvernementale et l'autoréglementation, mais qu'il s'agissait d'un droit interne, qui ne s'étendait pas au-delà des limites de la réserve.

21 Lambert J.A. then considered whether the food fishing licensing requirement infringed the appellant's aboriginal right, and if so, whether it could

Le juge Lambert s'est ensuite demandé si l'obligation d'obtenir un permis de pêche de subsistance portait atteinte au droit ancestral de l'accusé, et,

be justified pursuant to the *Sparrow* test. He observed that the appellant was asserting an aboriginal right to fish which was not dependent on holding a licence. He found that licensing was an external imposition on the right. In his view, it was a *prima facie* interference with the appellant's fishing rights to require as a precondition to the exercise of these rights that he fill out forms, answer questions, and wait until a licence was granted.

On the question of justification, Lambert J.A. recognized the importance of having a single, central organization to coordinate the conservation and management of fish resources. The scheme administered by such an organization might well require licensing to ensure reporting and to enforce catch limitations. However, in 1986 the federal government did not recognize aboriginal fishing rights other than that related to food. There was no recognition of the right to sell salmon nor of the rights of self-regulation and self-government. In that context, the licensing system as it operated in 1986 was not consistent with the true rights of the Moricetown Band. Regardless of the objectives of the scheme, the manner of putting it into effect and carrying it out without the cooperation of the Moricetown Band was contrary to the principles set out in *Sparrow*, *supra*. Lambert J.A. added that the requirement of holding a licence is not justified by conservation goals.

Hutcheon J.A. (dissenting)

Hutcheon J.A. observed that the conditions of the food fishing licences are not at issue in this case. The real issue is whether the requirement of a licence infringed the appellant's aboriginal right to fish. In Hutcheon J.A.'s view, it was implicit in *Sparrow* that a licensing requirement is not, *per se*, a violation of aboriginal fishing rights. *Sparrow* is, therefore, authority for the proposition that a licensing regime is within the legislative power of

dans l'affirmative, si cette atteinte pouvait être justifiée conformément au critère formulé dans l'arrêt *Sparrow*. Il a rappelé que l'appellant revendiquait un droit de pêche ancestral qui ne dépendait pas de l'obtention d'un permis. L'obtention d'un permis, a-t-il conclu, était une obligation imposée de l'extérieur en vue de l'exercice de ce droit. À son avis, le fait d'exiger de l'appellant, comme préalable à l'exercice de ses droits de pêche, qu'il remplisse des formulaires, réponde à des questions et attende qu'on lui délivre un permis constituait à première vue une atteinte à ces droits.

Relativement à la question de la justification, le juge Lambert a reconnu qu'il est important que les activités de conservation et de gestion des ressources halieutiques soient coordonnées par une organisation centrale unique. Le régime administré par une telle organisation pourrait fort bien exiger l'obtention de permis afin d'assurer la déclaration des prises et le respect des limites applicables à cet égard. Cependant, en 1986, le gouvernement fédéral n'a pas reconnu d'autres droits de pêche ancestraux que ceux liés à la pêche de subsistance. Il n'a reconnu ni le droit de vendre du saumon, ni les droits d'autoréglementation et d'autonomie gouvernementale. Dans ce contexte, le régime de délivrance de permis appliqué en 1986 n'était pas compatible avec les droits véritables de la bande de Moricetown. Indépendamment des objectifs du régime, la manière dont il était mis en œuvre et appliqué, sans la coopération de la bande de Moricetown, était contraire aux principes énoncés dans l'arrêt *Sparrow*, précité. Le juge Lambert a ajouté que l'obligation de détenir un permis n'était pas justifiée par des objectifs de conservation.

Le juge Hutcheon (dissident)

Le juge Hutcheon a rappelé que les conditions prévues par les permis de pêche de subsistance ne sont pas en litige en l'espèce. La véritable question est de savoir si l'obligation de détenir un permis portait atteinte au droit de pêche ancestral de l'appelant. De l'avis du juge Hutcheon, il découlait implicitement de l'arrêt *Sparrow* que cette obligation ne viole pas en soi les droits de pêche ancestraux. L'arrêt *Sparrow* étaye donc la thèse que

the federal government and is not itself an infringement of the aboriginal right to fish.

24

On the issue of the band's fishing by-law, Hutcheon J.A. agreed with Millward J. that the *Indian Act* only authorizes fishing by-laws related to waterways within the geographic boundaries of a reserve. Thus, the question is whether the Bulkley River is within the Moricetown reserve. He held that in this case, the principle of *ad medium filum aquae* created a presumption that the Bulkley River was within the reserve because it is non-tidal and non-navigable. This presumption was not rebutted, and the appellant could rely on the by-law as a defence.

Analysis

25

In order to determine whether the band by-law applies to the Bulkley River, it will be necessary to consider and resolve a number of questions. At the outset it must be emphasized that a consideration of the by-law raises the question of whether an exclusive right to fish in the Bulkley River at Moricetown was granted to the band. This is very different and distinct from the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes which is given constitutional recognition and protection by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Obviously if an exclusive right to fish was granted to the band, the by-law would be valid and applicable to the Bulkley River in its passage through the reserve.

26

At the outset I would confirm that I have read and relied upon some of the historical documents filed by the intervener Canadian National Railway Company. The appellant objected to any use being made of these documents. I cannot accept that position. First, all parties have had an opportunity to review the documents and make submissions pertaining to them. Further these are all documents of a historical nature that can be found in the public archives. They are available for use by all mem-

l'établissement d'un régime de permis relève du pouvoir de légiférer du gouvernement fédéral et ne constitue pas en soi une atteinte au droit de pêche ancestral.

Quant au règlement administratif de pêche de la bande, le juge Hutcheon a dit être d'accord avec le juge Millward que la *Loi sur les Indiens* autorise seulement la prise de règlements administratifs de pêche visant les eaux qui se trouvent à l'intérieur des limites géographiques des réserves. Ainsi, la question est de savoir si la rivière Bulkley se trouve à l'intérieur de la réserve de Moricetown. Il a conclu que, en l'espèce, le principe *ad medium filum aquae* faisait naître la présomption que la rivière Bulkley se trouve à l'intérieur de la réserve, puisqu'elle est un cours d'eau sans marée et non navigable. Cette présomption n'ayant pas été réfutée, l'appelant pouvait invoquer le règlement administratif comme moyen de défense.

Analyse

Pour déterminer si le règlement administratif de la bande s'applique à la rivière Bulkley, il sera nécessaire d'examiner et de trancher un certain nombre de questions. D'entrée de jeu, il convient de souligner que l'examen du règlement administratif soulève la question de savoir si un droit exclusif de pêcher dans la rivière Bulkley, à la hauteur de Moricetown, a été accordé à la bande. Il s'agit d'un droit très différent du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, qui est constitutionnellement reconnu et protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il va de soi que si un droit de pêche exclusif avait été accordé à la bande, le règlement administratif serait valide et s'appliquerait à la rivière Bulkley, à l'endroit où elle traverse la réserve.

Avant tout, je tiens à confirmer que j'ai lu certains des documents historiques déposés par l'intervenante, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, et que je me suis fondé sur eux. L'appelant s'est opposé à toute utilisation de ces documents. Je ne peux accepter cette position. D'une part, toutes les parties ont eu l'occasion d'examiner ces documents et de présenter des observations à leur égard. D'autre part, comme ce sont tous des documents de nature historique figu-

bers of the public. Lamer J. (as he than was) spoke of such documents in clear and convincing tones in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025. He wrote at p. 1050:

I am of the view that all the documents to which I will refer, whether my attention was drawn to them by the intervenor or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge.

Did the Crown Intend to Include the Fishery in the Allotment of Moricetown Indian Reserve No.1 to the Wet'suwet'en Band?

The General Policy of the Crown

In this case much has been said as to the general practice of the Crown in allocating reserves to native peoples. Evidence as to a general practice may be particularly helpful in determining the scope or extent of native rights. The relevant evidence is sometimes lost and that which remains must be carefully placed in context so that its true significance is neither distorted nor lost.

The historical evidence as to the standard practice of the Crown can be conveniently divided into pre- and post-Confederation periods. This evidence, taken from documents in the public archives, demonstrates that in both periods there was a clear and specific Crown policy of refusing to grant, in perpetuity, exclusive rights to fishing grounds. The Crown would, however, grant exclusive licences or leases over particular areas for a fixed period of time. Obviously this practice was far from an absolute assignment of a fishery right.

Pre-Confederation

There are numerous examples of statements by the Crown, both in British Columbia and in the

rant dans les archives publiques, toute personne peut les consulter. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, le juge Lamer (maintenant juge en chef) s'est exprimé en termes clairs et convaincants au sujet des documents de cette nature. À la page 1050, il a écrit ceci:

Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'intervenante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire.

La Couronne avait-elle l'intention d'inclure la pêche dans la réserve indienne n° 1 de Moricetown lorsqu'elle a attribué celle-ci à la bande Wet'suwet'en?

La politique générale de la Couronne

Dans la présente affaire, la pratique générale de la Couronne en ce qui concerne l'attribution des réserves aux peuples autochtones a été discutée en long et en large. La preuve concernant cette pratique peut s'avérer particulièrement utile pour apprécier la portée ou l'étendue des droits des autochtones. La preuve directement pertinente est parfois perdue, auquel cas celle qui reste doit être prudemment mise en contexte afin que son sens véritable ne soit ni dénaturé, ni perdu.

Il est commode de scinder la preuve historique relative à la pratique ordinaire de la Couronne en deux périodes: la période préconfédérative et la période postconfédérative. Cette preuve, tirée de documents figurant dans les archives publiques, démontre qu'au cours de ces deux périodes la Couronne a toujours eu pour politique claire et précise de refuser d'accorder à perpétuité des droits exclusifs sur des secteurs de pêche. Cependant, elle accordait, à l'égard de secteurs donnés, des licences ou des baux exclusifs pour des périodes déterminées. Il va de soi que cette pratique était loin de constituer une cession à titre absolu d'un droit sur une pêche.

Période préconfédérative

Il existe de nombreux cas où, tant en Colombie-Britannique que dans la province du Canada, la

27

28

29

Province of Canada, that the firm policy of the Crown was to treat Indians in the same manner as non-Indians with respect to the allocation of fishing grounds for commercial use. There are also clear statements that this policy involved a rejection of claims to exclusive use or control of any public waters for the purposes of fishing. An example is the statement of Governor Douglas, made in 1860 during a major address concerning the Indians on the mainland of British Columbia. He stated:

I also explained to them that the magistrates had instructions to stake out, and reserve for their use and benefit, all their occupied village sites and cultivated fields and as much land in the vicinity of each as they could till, or was required for their support; and that they might freely exercise and enjoy the rights of fishing the lakes and rivers, and of hunting over all unoccupied Crown lands in the colony; and that on their becoming registered free miners they might dig and search for gold, and hold mining claims on the same terms precisely as other miners: in short, I strove to make them conscious that they were recognized members of the commonwealth. . . . [Emphasis by underlining added.]

(Dispatch of Governor Douglas to the Secretary of State for the Colonies, cited in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97, at p. 255. (Italics added by McEachern C.J.))

30

An even earlier example of the same concept is expressed in a letter dated April 16, 1845 from W. H. Draper, Attorney General, Province of Canada to J. M. Higginson, Superintendent General of Indian Affairs, Province of Canada. The Attorney General wrote:

Sir

In reply to your reference of the 10th February last calling for my opinion whether a fishery in the waters of Lake Huron around and adjacent to certain islands which are within the British territory, but have not been formally ceded to the Crown by the Indians, is to be considered the property of the Crown or of these

Couronne a déclaré qu'elle avait pour politique bien arrêtée de traiter de la même manière les Indiens et les non-Indiens en ce qui concerne l'attribution de secteurs de pêche à des fins commerciales. On trouve également des déclarations indiquant clairement que cette politique impliquait le rejet des revendications visant l'exclusivité de l'utilisation ou du contrôle de toute étendue d'eaux publiques à des fins de pêche. Les propos suivants, tenus par le gouverneur Douglas, en 1860, au cours d'une importante allocution concernant les Indiens de la partie continentale de la Colombie-Britannique, sont un exemple d'une telle déclaration:

[TRADUCTION] *Je leur ai aussi expliqué que les magistrats avaient reçu comme instructions de jalonner et de réserver à l'usage et au profit des Indiens tous les villages qu'ils habitaient et les champs qu'ils cultivaient, ainsi que toutes les terres qu'ils étaient en mesure de cultiver ou qui étaient nécessaires pour assurer leur subsistance; je les ai aussi informés qu'ils pouvaient exercer librement leur droit de pêcher dans les lacs et les rivières, et celui de chasser dans toutes les terres inoccupées de la Couronne dans la colonie; et qu'ils pouvaient, une fois devenus mineurs autorisés inscrits, prospecter pour chercher de l'or et détenir des claims miniers exactement aux mêmes conditions que les autres mineurs. Bref, je me suis efforcé de leur faire prendre conscience du fait qu'ils étaient reconnus comme des membres du commonwealth. . . .* [Je souligne.]

(Dépêche du gouverneur Douglas au Secrétaire d'État aux colonies, citée dans *Delgamuukw c. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97, à la p. 255. (Italiques ajoutés par le juge en chef McEachern.))

On trouve une expression encore plus ancienne du même concept dans une lettre datée du 16 avril 1845, que W. H. Draper, procureur général de la province du Canada, a transmise à J. M. Higginson, surintendant général des Affaires indiennes, province du Canada. Le procureur général a écrit ceci:

[TRADUCTION] Monsieur,

En réponse à votre envoi du 10 février dernier, dans lequel vous me demandiez si une pêcherie se trouvant dans les eaux du lac Huron et adjacente à certaines îles faisant partie du territoire britannique, mais qui n'ont pas été officiellement cédées à la Couronne par les Indiens, doit être considérée comme appartenant à la

Indians, I have the honor to report my opinion, that the right to fish in public navigable waters in Her Majesty's dominions is a common public right — not a regal franchise — and I do not understand any claim the Indians can have to its exclusive enjoyment. [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 612, p. 215.)

These two passages indicate that the intention and policy of the Crown was to guarantee full public access to the fisheries, and to reject any exclusive claims to fishing grounds. The policy permitted the Indians to exercise their right to fish but did not accord them any special status.

In England, it has been accepted that since the *Magna Carta*, the Crown has no power apart from statute to grant a several or exclusive fishery to anyone. See Gérard V. La Forest, *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces* (1973), at p. 196. Thus in refusing to grant an exclusive fishery to the Indians, the federal government was following historical precedent.

An examination of the early Fisheries Acts of the Province of Canada and the first *Fisheries Act* of the new Dominion, the *Fisheries Act*, S.C. 1868, c. 60, confirms this same policy of exercising only limited powers. The Act gave the government the right to grant exclusive leases and licences to fishing grounds, but there was no provision in the Act for the permanent alienation of fishing rights to private parties.

This pre-Confederation policy is also set out in the 1866 opinion of James Cockburn, Solicitor General of the Province of Canada. He stated:

With reference . . . to the claim of the Indians to exclusive fishing rights, my opinion is that they have no other or larger rights over the public waters of this Province than those which belong at Common Law to Her Majesty's subjects in general.

Couronne ou aux Indiens. J'ai le plaisir de vous informer que, à mon avis, le droit de pêche dans les eaux publiques navigables dans les dominions de Sa Majesté est un droit public général et non une franchise royale, et je ne vois pas comment les Indiens peuvent en revendiquer la jouissance exclusive. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 612, p. 215.)

Ces deux passages indiquent que l'intention et la politique de la Couronne étaient d'assurer à la population le libre accès aux pêcheries et de rejeter toute revendication de l'exclusivité des secteurs de pêche. Cette politique permettait aux Indiens d'exercer leur droit de pêche, mais elle ne leur accordait aucun statut particulier.

En Angleterre, il est admis que, depuis la *Magna Carta*, la Couronne n'a pas le pouvoir, sauf celui prévu par un texte de loi, d'accorder à quiconque une pêcherie individuelle ou exclusive. Voir Gérard V. La Forest, *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces* (1973), à la p. 196. Par conséquent, en refusant d'accorder aux Indiens une pêcherie exclusive, le gouvernement fédéral suivait un précédent historique.

La lecture des premières lois sur les pêcheries de la province du Canada et de la première loi en la matière du nouveau dominion, l'*Acte des Pêcheries*, S.C. 1868, ch. 60, confirme cette politique qui consistait à n'exercer que des pouvoirs limités. L'Acte habilitait le gouvernement à accorder des licences et des baux exclusifs visant des secteurs de pêche, mais aucune de ses dispositions ne pourvoyait à l'aliénation permanente de droits de pêche à des intérêts privés.

Cette politique préconfédérative est également exposée dans l'avis donné en 1866 par James Cockburn, solliciteur général de la province du Canada:

[TRADUCTION] En ce qui concerne . . . la revendication par les Indiens de droits de pêche exclusifs, je suis d'avis qu'ils n'ont, sur les eaux publiques de la province, ni droits supplémentaires ni droits plus étendus que ceux qui appartiennent en common law aux sujets de Sa Majesté en général.

31

32

33

34

... I should say that without an Act of Parliament ratifying such reservation, no exclusive right could thereby be gained by the Indians, as the Crown could not by any Treaty or act of its own (previous to the recent Statute) grant an exclusive privilege in favour of Individuals over public rights, such as this, in respect of which the Crown only holds as trustee for the general public.

(Memorandum *in re* 23 January, 1866 memorandum of W. F. Whitcher (Head of Fisheries Branch, Department of Crown Lands, Province of Canada), 8 March, 1866 in File No. 4/1866, Department of Justice, Ottawa, Ontario.)

Post-Confederation

35

The policy of refusing to grant exclusive fisheries was maintained in the post-Confederation period. It is clear that the same understanding of the policy which existed in the Provinces of Canada and British Columbia before Confederation continued subsequently. For example, on December 17, 1875, W. F. Whitcher, Dominion Commissioner of Fisheries, sent a Department of Marine and Fisheries Circular to Fishery Overseers which stated, in part that:

Certain circumstances . . . render it desirable to direct your attention to the exact legal status of Indians in respect of the Fishery Laws.

Fisheries in all the public navigable waters of Canada belong *prima facie* to the public, and are administered by the Crown under Act of Parliament. . . . Indians enjoy no special liberty as regards either the places, times, or methods of fishing. They are entitled only to the same freedom as whitemen, and are subject to precisely the same laws and regulations.

There seems to be an impression in some quarters, that exclusive control of fishings in connection with Indian properties belongs to the resident Indians, and that they are at liberty to remove the fishing gear of

... je tiens à préciser que, sans une loi fédérale ratifiant une telle réservation de droits, aucun droit exclusif ne pouvait être acquis ainsi par les Indiens, car la Couronne ne pouvait, que ce soit par traité ou de son propre chef (avant l'adoption de la récente loi) accorder à des individus un privilège exclusif sur des droits publics, comme celui dont il est question en l'espèce, qu'elle ne détient qu'à titre de fiduciaire pour le grand public.

(Note de service concernant celle datée du 23 janvier 1866 émanant de W. F. Whitcher (chef de la direction des pêcheries, ministère des Terres de la Couronne, province du Canada), 8 mars 1866, dossier n° 4/1866, ministère de la Justice, Ottawa (Ontario).)

Période postconfédérative

La politique de refus d'accorder des pêcheries exclusives a continué d'être appliquée au cours de la période postconfédérative. Il est manifeste que la conception que l'on avait de la politique en vigueur dans la province du Canada et celle de la Colombie-Britannique avant la Confédération est demeurée la même par la suite. Ainsi, le 17 décembre 1875, W. F. Whitcher, commissaire fédéral des pêcheries, a fait parvenir aux superviseurs des pêcheries une circulaire du ministère de la Marine et des Pêcheries, dans laquelle on pouvait lire notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] En raison de certaines circonstances [. . .] il est souhaitable d'attirer votre attention sur le statut juridique exact des Indiens à l'égard des lois sur les pêcheries.

Les pêcheries dans toutes les eaux publiques navigables au Canada appartiennent, jusqu'à preuve du contraire, au public, et elles sont administrées par la Couronne en vertu d'une loi fédérale [. . .] Les Indiens ne bénéficient d'aucune liberté spéciale quant aux lieux où ils peuvent pêcher, aux périodes au cours desquelles ils peuvent le faire et aux méthodes qu'ils peuvent utiliser. Ils jouissent uniquement des mêmes libertés que les Blancs et ils sont assujettis exactement aux mêmes lois et règlements.

Dans certains milieux, on semble avoir l'impression que, pour ce qui concerne les biens-fonds des Indiens, le contrôle des pêcheries appartient exclusivement aux Indiens qui habitent ces biens-fonds, et que ces derniers

Whitemen who resort to these fisheries under leases or licences granted by the Crown.

This impression is alike erroneous, mischievous and unfortunate. No such exceptional power exists. . . .

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 1972, File No. 5530.)

It should be noted that this circular properly refers to the "administration", that is to say, the regulation by the Government of Canada of fisheries in navigable waters. The Bulkley River is a navigable waterway both above and below the Moricetown Reserve and, for the reasons which appear later, is therefore to be considered navigable at the Reserve.

The letter of W. F. Whitcher, Dominion Commissioner of Fisheries to E. A. Meredith, Deputy Minister of the Interior, of January 20, 1876, indicates that the situation in British Columbia was very much a concern of Federal officials. He wrote:

Having submitted to the Minister the text of the correspondence which has taken place on the subject of fishing rights claimed by Indians. . . I am desired by him to acknowledge the prompt attention bestowed on this matter by the Department of the Interior, and the satisfactory settlement effected. This difficulty, thus fortunately concluded, was such as might at any moment have become extremely troublesome. It was more necessary therefore to deal with it decisively at its present stage, rather than to delay until its existence should produce further misapprehensions affecting these public properties, particularly in the younger provinces of the Dominion, inhabited largely by Indians and half-breeds, where the Government may be soon called upon to apply the fishery laws.

. . . it is believed that the cordial co-operation of the Departments in respect of the fishing privileges which exist in the vicinity of Indian Reserves, and the occupation of fishing stations connected therewith, under a uniform system of licence, will ensure to the Indians free and exclusive use of fishery grounds ample for their necessities. . . . [Emphasis added.]

sont libres d'enlever les engins de pêche des Blancs qui utilisent ces pêcheries en vertu de baux ou licences accordés par la Couronne.

Cette impression est à la fois erronée, malveillante et malheureuse. Un tel pouvoir extraordinaire n'existe pas. . . .

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 1972, n° de dossier 5530.)

Il y a lieu de signaler que cette circulaire parle à juste titre de l'«administration» des pêcheries, en d'autres termes de la réglementation par le gouvernement canadien des pêcheries dans les eaux navigables. La rivière Bulkley est une voie navigable en amont et en aval de la réserve de Moricetown et, pour les motifs prononcés plus loin, elle doit donc être considérée comme étant navigable à la hauteur de la réserve.

La lettre adressée par W. F. Whitcher, commissaire fédéral des pêcheries, à E. A. Meredith, sous-ministre de l'Intérieur, le 20 janvier 1876, indique que la situation en Colombie-Britannique préoccupait grandement les représentants fédéraux. Il a écrit ceci:

[TRADUCTION] Le ministre a pris connaissance de la correspondance concernant les droits de pêche revendiqués par les Indiens [. . .] et me prie de vous faire part de la diligence accordée à cette question par le ministère de l'Intérieur, ainsi que du règlement satisfaisant qui a été conclu. Ce problème, heureusement réglé, aurait pu devenir extrêmement embarrassant. Il était plus que nécessaire de le régler d'une façon décisive dès maintenant, plutôt que d'attendre qu'il engendre d'autres malentendus au sujet de ces biens publics, notamment dans les nouvelles provinces du Dominion, qui sont habitées surtout par des Indiens et des Métis et où le gouvernement pourrait bien devoir appliquer sous peu les lois régissant les pêcheries.

. . . on estime qu'une coopération cordiale entre les ministères relativement aux privileges de pêche à proximité des réserves indiennes, ainsi que l'occupation des postes de pêche reliés à l'exercice de ces privilèges, le tout dans le cadre d'un régime uniforme de délivrance de licences, assureront aux Indiens l'usage libre et exclusif des pêcheries, et permettront de répondre amplement à leurs besoins. . . . [Je souligne.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 1972, File No. 5530.)

37

The younger provinces of the Dominion referred to were obviously the provinces of British Columbia, Manitoba, and Prince Edward Island, to which the *Fisheries Act* would be extended only a few months later: *An Act respecting the extension and application of "The Fisheries Act," to and in the Provinces of British Columbia, Prince Edward Island and Manitoba*, S.C. 1874, c. 28. Accordingly, when Reserve Commissioners were appointed a few months later with the mandate to allocate reserves in British Columbia, they were certainly not either specifically authorized or by inference empowered to grant exclusive rights in the fishery.

The Mandate of the Reserve Commissioners

38

The appellant contended that the Reserve Commissioners, as representatives of the Crown, were given the authority to bind the Crown, and to assign fishing rights irrevocably and absolutely. This position is contrary to both the general policy statements made by the Crown and the specific instructions provided to Commissioners. In a letter from D. C. Scott, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, to D. H. MacDowall, Commissioner, Royal Commission on Indian Affairs for the Province of British Columbia, dated May 2, 1916, it was stated:

... I do not think that former Commissioners could grant special fishing privileges as distinct from fishing stations and reserves. The Department has no record of confirmation of such by the Department of Marine and Fisheries.

. . .

... I cannot find that Mr. O'Reilly had power to grant any fishing privileges whatever.

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3822, File No. 59335-1.)

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 1972, n° de dossier 5530.)

Les nouvelles provinces du Dominion dont il est question sont de toute évidence la Colombie-Britannique, le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard, auxquelles serait élargie l'application de l'*Acte des Pêcheries* quelques mois plus tard à peine: *Acte concernant l'extension et l'application de «l'Acte des Pêcheries» aux provinces de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Manitoba*, S.C. 1874, ch. 28. Par conséquent, lorsque des commissaires des réserves ont, quelques mois plus tard, été nommés et chargés d'attribuer des réserves en Colombie-Britannique, ils n'étaient certainement pas autorisés, ni explicitement ni implicitement, à accorder des droits exclusifs sur les pêcheries.

Le mandat des commissaires des réserves

L'appelant a fait valoir que, en tant que représentants de la Couronne, les commissaires des réserves étaient habilités à lier celle-ci et à céder des droits de pêche de manière irrévocable et absolue. Cette thèse est contraire tant aux énoncés de politique générale de la Couronne qu'aux instructions précises données aux commissaires. Dans une lettre datée du 2 mai 1916 et transmise à D. H. MacDowall, commissaire, Commission royale sur les Affaires indiennes pour la province de la Colombie-Britannique, D. C. Scott, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, a écrit ceci:

[TRADUCTION]... je ne crois pas que les anciens commissaires pouvaient accorder des privilèges de pêche particuliers outre ceux relatifs aux postes de pêche et aux réserves. Le ministère n'a dans ses dossiers aucune confirmation de l'attribution de tels privilèges par le ministère de la Marine et des Pêcheries.

. . .

... il est impossible de conclure que M. O'Reilly avait le pouvoir d'accorder quelque privilège de pêche que ce soit.

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3822, n° de dossier 59335-1.)

Earlier statements confirm this view. For example, in 1890, Robert Sedgewick, Deputy Minister of Justice stated:

I have examined all the papers in connection with the matter. The Indian Reserve Commissioner appears to have power to mark out reserves, but it does not appear that the Governor in Council, or any other authority ever gave or purported to give him authority to deal with the right of fishery.

I have therefore to state that the Indian Reserve Commissioner has not the power to set apart for the exclusive use of the Indians any of the waters of British Columbia.

(R. Sedgewick, Deputy Minister of Justice, to John Tilton, Deputy Minister of Fisheries, August 15, 1890 in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3828, File No. 60926.)

And in 1897, J. D. McLean, Secretary, Department of Indian Affairs, stated:

As to fishing rights in British Columbia it should be stated that under the arrangement come to with the Government of that Province in 1876, by which reserves were to be set aside for the Indians, no special mention was made of fishing privileges; but the Reserve Commissioner has from time to time allotted Indians certain fisheries, and the Department of Marine & Fisheries has been advised of these, and asked to confirm them; but, so far as the correspondence shows, that Department has not confirmed them, and has objected to exclusive fishing privileges being granted to Indians as against white people.

(Memorandum, November 26, 1897, in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3909, File No. 107297-3.)

It was argued by the appellant that these statements only represent the view of the Department of Marine and Fisheries. It was the appellant's position that the Department of Indian Affairs intended to grant exclusive fisheries to the Indians, but that this was overridden by the Department of Marine and Fisheries in what amounted to an inter-

Des déclarations antérieures confirment cette opinion. Par exemple, en 1890, Robert Sedgewick, sous-ministre de la Justice, avait affirmé ceci:

[TRADUCTION] J'ai examiné tous les documents se rapportant à cette question. Le commissaire des réserves indiennes paraît avoir le pouvoir de jalonner des réserves, mais il ne semble pas que le gouverneur en conseil ou quelque autre autorité ait, à quelque moment que ce soit, investi ou voulu investir le commissaire du pouvoir de traiter du droit aux pêcheries.

Je dois donc affirmer que le commissaire des réserves indiennes n'a pas le pouvoir de mettre de côté, pour l'usage exclusif des Indiens, quelque étendue d'eau de la Colombie-Britannique.

(R. Sedgewick, sous-ministre de la Justice, à John Tilton, sous-ministre des Pêcheries, 15 août 1890, Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3828, n° de dossier 60926.)

En outre, en 1897, J. D. McLean, Secrétaire, ministère des Affaires indiennes, a dit ceci:

[TRADUCTION] Quant aux droits de pêche en Colombie-Britannique, il y a lieu de souligner que, dans l'entente conclue avec le gouvernement de cette province en 1876 et en vertu de laquelle des réserves devaient être mises de côté pour les Indiens, il n'est fait aucune mention particulière des privilèges de pêche. Cependant, le commissaire des réserves a, à l'occasion, attribué certaines pêcheries aux Indiens; le ministère de la Marine et des Pêcheries a été informé de ces attributions et prié de les confirmer. Or, d'après ce qui ressort de la correspondance, il ne les a pas confirmées et s'est opposé à ce que des privilèges exclusifs de pêche soient accordés aux Indiens et non aux Blancs.

(Note de service datée du 26 novembre 1897, Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3909, n° de dossier 107297-3.)

L'appelant a soutenu que ces déclarations représentaient uniquement le point de vue du ministère de la Marine et des Pêcheries. Il a plaidé que le ministère des Affaires indiennes entendait accorder des pêcheries exclusives aux Indiens, mais que le ministère de la Marine et des Pêcheries avait fait obstacle à cette volonté, dans le cadre de ce qui

departmental dispute as to jurisdiction. This position, however, is not supported by the evidence.

41 The evidence does indicate that efforts were made by the Department of Indian Affairs to protect traditional Indian fishing grounds from being leased exclusively to non-native fishers. This is far different from assigning exclusive title to those fishing grounds to the Indians. The difference between these positions was consistently acknowledged by the Department of Indian Affairs.

42 This policy is reflected in a letter from Frank Pedley, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, to the Indian Commissioner for Manitoba and the North West Territories, dated February 8, 1906:

The Department has come to the conclusion that generally speaking, and unless under very exceptional circumstances the proper policy to pursue will be to let the Indians stand on the same footing as the settlers in so far as concerns the use of the waters, and to confine its efforts to endeavouring, where considered necessary, to secure stations on land to afford access to the waters, a system which it may be remarked appears to work well in the Province of British Columbia, and to resist efforts should any be made to compel the Indians to pay fees for licences to fish for domestic as distinguished from commercial purposes. [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 6972, File No. 774/20-2 Part 1.)

43 The claim of the Indians to exclusive fishing grounds had been made on numerous occasions but had been consistently rejected. This was expressed in the letter of opinion of the Solicitor General of the Province of Canada in 1866, referred to earlier. In a letter dated April 5, 1898 from E. E. Prince, Dominion Commissioner of Fisheries, to the Minister of Marine and Fisheries, the Commissioner referred to this opinion as settling the issue of native legal claims to exclusive fisheries throughout the country. He specifically stated:

constituait un conflit de compétences entre ministères. La preuve n'étaye toutefois pas cette thèse.

Cependant, la preuve indique que le ministère des Affaires indiennes a effectivement déployé des efforts pour protéger les secteurs de pêche traditionnels des Indiens, afin qu'ils ne soient pas loués exclusivement à des pêcheurs non autochtones. Cela est bien différent de la cession aux Indiens du titre exclusif sur ces secteurs de pêche. La différence entre ces positions a constamment été admise par le ministère des Affaires indiennes.

Cette politique ressort d'une lettre datée du 8 février 1906, transmise par le surintendant général adjoint des Affaires indiennes, Frank Pedley, au commissaire des Affaires indiennes pour le Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest:

[TRADUCTION] Le ministère est arrivé à la conclusion que, de façon générale, sauf circonstances très exceptionnelles, la politique qu'il convient de suivre est de traiter les Indiens de la même façon que les colons en ce qui concerne l'utilisation des eaux, et que le ministère devrait uniquement s'efforcer, lorsque la chose est jugée nécessaire, d'établir des postes visant à permettre l'accès à ces eaux, système qui, peut-on le signaler, paraît bien fonctionner en Colombie-Britannique, en plus de résister à toute démarche qui pourrait être tentée en vue de contraindre les Indiens à payer des droits pour obtenir des permis de pêche à des fins familiales par opposition à commerciales. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 6972, n° de dossier 774/20-2, partie 1.)

Les Indiens avaient, à de nombreuses occasions, revendiqué des secteurs de pêche exclusifs, mais leurs revendications avaient constamment été rejetées. Ce point de vue avait été exprimé dans la lettre faisant état de l'avis donné en 1866 par le solliciteur général de la province du Canada et qui a été mentionnée précédemment. Dans une lettre datée du 5 avril 1898 et adressée au ministre de la Marine et des Pêcheries, le commissaire fédéral des pêcheries, E. E. Prince, a renvoyé à cet avis, affirmant qu'il tranchait la question des revendications, en droit, par les autochtones, de pêcheries exclusives partout au pays. Il a explicitement déclaré:

With respect to the alleged differences between this Department and the Department of Indian Affairs respecting the claims urged by the Indians to fishery privileges it is necessary to recall the circumstances that 15 or 16 years ago a number of communications passed between the two Departments, resulting in certain definite conclusions which appeared to finally decide and render unnecessary in the future any new inquiry. This Department has consistently adhered to the conclusions referred to, in its policy regarding Indian fishing.

In order to make the matter clear, I quote from a report dated July 11th 1876 by the late Mr. Whitcher, Commissioner of Fisheries: -

After much inconvenience and many conflicting actions the disputed points were referred to the notice of the Law Officers of the Crown. Their decision, dated 8th March 1866 was adverse to the pretensions made on behalf of the Indians. A certified copy of said opinion was lodged with the Indian Bureau.

. . .

The position laid down by the Law Officers of the Crown has been consistently adhered to by this Department, and in a communication addressed to the Minister of the Interior on January 30th 1882, the Minister of Marine and Fisheries (Hon. A. W. McLelan) once more set forth clearly and definitely the matter, stating that this Department acts on the legal advice of the Law Officers of the Crown as recorded in the Department "which is in effect that fishing rights in public waters cannot be made exclusive except under the express sanction of Parliament, and that Indians are entitled to use the public fisheries only on the same conditions as whitemen, subject to the Fisheries Act and Fishery Regulations. . . ." [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3909, File No. 107297-3.)

The Specific Allotment of the Moricetown Reserve

The Crown policy against the granting of exclusive fisheries to the Indians had been forcefully stated and often repeated. The band argued alternatively that it was misled into believing that it was, in fact, being given an exclusive fishery. However,

[TRADUCTION] En ce qui concerne les divergences de vue qui existaient entre notre ministère et celui des Affaires indiennes relativement aux revendications par les Indiens de privilèges relatifs aux pêcheries, il faut rappeler qu'il y a 15 ou 16 ans de cela il y a eu entre les deux ministères échange de communications, ayant abouti à certaines conclusions bien précises qui ont paru régler la question une fois pour toute et rendre inutile toute autre enquête. Dans sa politique relative à la pêche par les Indiens, notre ministère a invariablement adhéré aux conclusions dont il est question.

Afin d'éclaircir la question, je cite un rapport daté du 11 juillet 1876 et émanant du regretté M. Whitcher, commissaire des pêcheries:

Après maints inconvénients et de nombreuses mesures contradictoires, les points en litige ont été soumis aux conseillers juridiques de la Couronne. Leur décision, datée du 8 mars 1866, est défavorable aux prétentions avancées pour le compte des Indiens. Une copie certifiée conforme de l'avis en question a été déposée auprès du Bureau des Indiens.

. . .

Notre ministère a constamment souscrit à la position formulée par les conseillers juridiques de la Couronne; dans une lettre adressée au ministre de l'Intérieur le 30 janvier 1882, le ministre de la Marine et des Pêcheries (l'honorable A. W. McLelan) a une fois de plus énoncé de façon claire et nette la question, déclarant que notre ministère se conforme à l'avis formulé par les conseillers juridiques de la Couronne qui a été déposé au ministère et «suivant lequel les droits de pêche dans les eaux publiques ne peuvent être rendus exclusifs qu'avec l'aval exprès du Parlement et que les Indiens n'ont le droit d'utiliser les pêcheries publiques qu'aux mêmes conditions que les Blancs et sous réserve de l'Acte des pêcheries et de son règlement d'application. . . » [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3909, n° de dossier 107297-3.)

L'attribution spécifique de la réserve de Moricetown

La politique de la Couronne interdisant l'attribution de pêcheries exclusives aux Indiens avait été affirmée de façon catégorique à maintes reprises. Subsidiairement, la bande a fait valoir qu'elle avait été amenée à croire qu'on lui accordait, dans les

when the facts surrounding this particular grant are considered in light of the expressed general policy, they clearly indicate an intention to allot only the land of the reserve and not the river.

The Directions to Commissioner O'Reilly

45 In terms of the instructions Commissioner O'Reilly received, his duties were expressed as:

...ascertaining accurately the requirements of the Indian Bands in that Province [British Columbia], to whom lands have not been assigned by the late Commission, and allotting suitable lands to them for tillage and grazing purposes. [Emphasis added.]

(Federal Order in Council of July 19, 1880. Canada. Privy Council. Order in Council No. 1334/1880 in National Archives of Canada, Record Group 2, Series 1.)

46 These instructions were later modified, but the principle that the ultimate decision as to the allocation of fishing grounds remained with the Department of Marine and Fisheries never changed. Thus, on December 20, 1881 the Superintendent General of Indian Affairs wrote to A. W. McLelan, Acting Minister of Marine and Fisheries and stated:

I have the honor to inform you that Judge O'Reilly having been last year appointed Commr. for allotting lands as Reserves in British Columbia for occupation by the Indian Bands and Tribes of that Province I considered it expedient and proper to instruct him, while engaged in assigning these lands, to mark off the fishing grounds which should be kept for the exclusive use of the Indians and he is following those instructions.

. . .

It is desirable that the fisheries recommended for allotment to the Indians be not otherwise disposed of without the consent of this Department being first obtained.

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3766, File No. 32876.)

faits, une pêche exclusive. Toutefois, examinés à la lumière de la politique générale déclarée, les faits de cette attribution indiquent clairement que l'intention était d'accorder uniquement les terres de la réserve et non la rivière.

Les instructions données au commissaire O'Reilly

Suivant les instructions qu'a reçues le commissaire O'Reilly, voici quelles étaient ses fonctions:

[TRADUCTION]... déterminer avec précision les besoins des bandes indiennes de la province [Colombie-Britannique] auxquelles l'ancien commissaire n'a pas attribué de terres, et [...] leur attribuer des terres propres à la culture et au pâturage. [Je souligne.]

(Décret fédéral du 19 juillet 1880. Canada. Conseil privé. Décret n° 1334/1880, aux Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 2, série 1.)

Ces instructions ont par la suite été modifiées, mais le principe que la décision finale concernant l'attribution de secteurs de pêche appartenait au ministère de la Marine et des Pêcheries est demeuré inchangé. Ainsi, le 20 décembre 1881, le surintendant général des Affaires indiennes a écrit ce qui suit à A. W. McLelan, ministre suppléant de la Marine et des Pêcheries:

[TRADUCTION] J'ai l'honneur de vous informer que le juge O'Reilly, qui, l'an dernier, a été nommé commissaire chargé d'attribuer les terres qui serviront à l'établissement de réserves en Colombie-Britannique et seront occupées par les bandes et les tribus indiennes de cette province, j'ai jugé utile et approprié de lui donner instruction de déterminer, dans le cours de l'attribution des terres en question, les secteurs de pêche qui devraient être réservés à l'usage exclusif des Indiens, et il suit ces instructions.

. . .

Il est souhaitable que les pêcheries dont l'attribution aux Indiens est recommandée ne soient pas aliénées de quelque autre manière sans le consentement préalable de notre ministère.

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3766, n° de dossier 32876.)

The instructions referred to were also given to Indian Commissioners in Manitoba, Keewatin and the Northwest Territories, and they state that the Commissioners are to ascertain what fishing grounds should be reserved in order that application might be made to the Department of Marine and Fisheries to have those areas secured for the use of the Indians. These instructions reveal that Commissioner O'Reilly was not given the authority to allot an exclusive fishery, and that the most he could do was make recommendations.

In response to being informed that Indian Commissioners were receiving such instructions, and making such recommendations, the Acting Minister of Marine and Fisheries made it clear that his department would not act on any such recommendation. He reiterated the position of his department and informed the Department of Indian Affairs that:

... fishing rights in public waters cannot be made exclusive excepting under the express sanction of Parliament, and that Indians are entitled to use the public fisheries only on the same conditions as white men, subject to the *Fisheries Act* and Fishery Regulations. The mere assignment of these fishery privileges by Indian Agents, or the abstention of this Department from otherwise disposing of them — which there was no intention to do pending careful consideration of all the circumstances of each case — could not legally exclude the public from fishing therein.

(A. W. McLelan, Acting Minister of Marine and Fisheries, to Sir John A. Macdonald, Superintendent General of Indian Affairs, January 30, 1882, in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3766, File No. 32876.)

Accordingly, when assessing what Commissioner O'Reilly did, it is important to understand the existing limitations on what he could do. The powers of Commissioner O'Reilly and his instructions are perhaps best summarized in the following extract from a letter written by Lawrence Vankoughnet, Deputy Superintendent General of

Les instructions dont il est fait mention, qui ont également été données aux commissaires des Indiens pour le Manitoba, le Keewatin et les Territoires du Nord-Ouest, indiquent que les commissaires devaient déterminer les secteurs de pêche qui devaient être réservés en vue de la présentation de demandes au ministère de la Marine et des Pêcheries visant à garantir aux Indiens l'usage des secteurs en question. Ces instructions révèlent que le commissaire O'Reilly n'était pas habilité à accorder des pêcheries exclusives et qu'il pouvait tout au plus faire des recommandations.

Après avoir été informé que les commissaires des Indiens recevaient de telles instructions et formulaient des recommandations de cette nature, le ministre suppléant de la Marine et des Pêcheries a clairement indiqué que son ministère ne donnerait pas suite à de telles recommandations. Il a réitéré la position de son ministère et informé celui des Affaires indiennes de ce qui suit:

[TRADUCTION] ... les droits de pêche dans les eaux publiques ne peuvent être rendus exclusifs qu'avec l'aval exprès du Parlement et les Indiens n'ont le droit d'utiliser les pêcheries publiques qu'aux mêmes conditions que les Blancs et sous réserve de l'*Acte des pêcheries* et de son règlement d'application. Il n'est pas possible, en droit, d'interdire au public de pêcher dans ces eaux du seul fait que ces privilèges de pêche auraient été cédés par les agents des Indiens ou du fait que notre ministère ne les a pas aliénés de quelque autre façon — ce qu'il n'avait aucune intention de faire avant d'avoir examiné de manière approfondie toutes les circonstances propres à chaque cas.

(A. W. McLelan, ministre suppléant de la Marine et des Pêcheries, à Sir John A. Macdonald, surintendant général des Affaires indiennes, 30 janvier 1882, aux Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3766, n° de dossier 32876.)

En conséquence, lorsqu'on apprécie ce qu'a fait le commissaire O'Reilly, il importe de bien comprendre les limites qu'il devait respecter. C'est probablement le passage suivant d'une lettre qu'a écrite Lawrence Vankoughnet, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, à Sir John A. Macdonald, qui cumulait alors les fonctions de sur-

47

48

49

Indian Affairs, to Sir John A. Macdonald, who was then Superintendent General of Indian Affairs as well as Prime Minister. In the letter, dated February 27, 1882, the Deputy Superintendent states:

With regard to the authority under which Mr. O'Reilly acted in designating fishing stations which it might be advisable to have reserved for Indian Bands in British Columbia . . . the Reserve Commissioner had been instructed while engaged in assigning lands to Indian Bands in that Province, to mark off the fishing grounds which should be kept for their exclusive use, and the Acting Minister was informed that it would be desirable that the fisheries "recommended" for allotment to the Indians should not be otherwise disposed of without the consent of this Department having been first obtained. . . . The designation of these fishing limits as being desirable for the exclusive use of Indian Bands, no more assigns the fishing grounds thus designated to them permanently, without the consent of the Government having been obtained, than does Mr. O'Reilly's allotment of Indian Reserve lands assign the latter to the same Indians without similar approval.

Mr. O'Reilly's allotments are only recommendatory; and may be curtailed or increased; as, after consultation and mature deliberation by the Officers of the Department of Marine and Fisheries and the Department of Indian Affairs, may be considered advisable. [Emphasis in original.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3766, File No. 32876.)

The Statements of Commissioner O'Reilly

50 Commissioner O'Reilly was clearly instructed that his role was limited to making recommendations. In light of these instructions it is apparent that his statements and actions do not disclose an attempt to grant control of the fishery. Rather, at most, they represent a recommendation that a fishery be allotted.

51 On the day before Commissioner O'Reilly recommended the allotment of Moricetown Indian

intendant général des Affaires indiennes et de premier ministre, qui résume le mieux les pouvoirs du commissaire O'Reilly et les instructions qu'il avait reçues. Dans sa lettre datée du 27 février 1882, le surintendant adjoint a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne le pouvoir en vertu duquel M. O'Reilly a agi pour désigner les postes de pêche qu'il était peut-être souhaitable de réserver pour les bandes indiennes de la Colombie-Britannique, [. . .] le commissaire des réserves avait reçu instruction de déterminer, dans le cours de l'attribution des terres aux bandes indiennes de cette province, les secteurs de pêche qui devaient être réservés à leur usage exclusif; le ministre suppléant a été avisé qu'il serait souhaitable que les pêcheries dont l'attribution aux Indiens est «recommandée» ne soient pas aliénées de quelque autre manière sans le consentement préalable de notre ministre. [. . .] La détermination de ces territoires de pêche, dont il est jugé souhaitable de réserver l'usage exclusif aux bandes indiennes, n'a pas davantage pour effet de céder de façon permanente à ces bandes les secteurs de pêche ainsi désignés, sans le consentement du gouvernement, que ne le fait l'attribution des terres formant les réserves indiennes par M. O'Reilly aux mêmes Indiens sans cette approbation.

Les attributions de terres faites par M. O'Reilly ne sont que des recommandations, qui peuvent faire l'objet de diminutions ou d'augmentations, si, après consultations et délibérations approfondies, les fonctionnaires du ministère de la Marine et des Pêcheries et du ministère des Affaires indiennes jugent la chose souhaitable. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3766, n° de dossier 32876.)

Les déclarations du commissaire O'Reilly

Le commissaire O'Reilly a clairement reçu des instructions lui indiquant que son rôle se limitait à formuler des recommandations. À la lumière de ces instructions, il est évident que ses déclarations et ses actions ne révèlent aucune tentative d'accorder le contrôle de la pêcherie. Au contraire, elles constituent tout au plus une recommandation en faveur de l'attribution d'une pêcherie.

La veille de sa recommandation favorable à l'attribution de la réserve indienne n° 1 de Morice-

Reserve No. 1 (Lach-kal-tsap), he made the following statements to the band in a discussion concerning the allotment of the reserve:

The Gov. is anxious land shd be set apart for you as it has been in the rest of B.C. A reserve when made protects the land from trespass by others, but the Indian still has the right to hunt, fish or gather berries outside. The Gov. does not wish to confine you on the reserve. . . .

Later in the same discussion he stated that:

I never make a promise without seeing the land I am reserving. The reserve will be for the tribe, not for individuals. Allotments may be made by the Agent. Surveyors will be sent to define the exact boundaries, and plans will be sent to the Chiefs. [Emphasis added.]

(Transcript of meeting with Chief Le goul, two other Chiefs, Fr. Morris & Commissioner, September 18, 1891.)

These comments reveal that Commissioner O'Reilly made it apparent that he was not making the final decision with respect to the reserve boundaries, and that in any event he was concerned with reserving the land, not the fishery.

His position was made still clearer in his conversations with the neighbouring Indians of New Kitseguela, about 30 miles downstream from Moricetown, less than two weeks after the allotment of the Moricetown Reserve. Commissioner O'Reilly stated:

I hope you will not ask an unreasonable extent of country, but only for that which would be useful to you. It is not necessary that the berrying or hunting grounds shd be reserved. It would be an impossibility to define them as you go over hundreds of miles. You will not be confined to the reserves, but can hunt, fish or gather berries where you will as heretofore. [Emphasis added.]

He continued:

town (Lach-kal-tsap), le commissaire O'Reilly a fait les déclarations suivantes à la bande, au cours d'une discussion concernant l'attribution de la réserve:

[TRADUCTION] Le gouvernement tient à ce que des terres soient mises de côté à votre intention comme ce fut le cas dans le reste de la Colombie-Britannique. La création d'une réserve permet de protéger les terres qui la composent contre les intrus, mais les Indiens conservent toutefois le droit de chasser, de pêcher ou de cueillir des baies à l'extérieur de celle-ci. Le gouvernement ne souhaite pas vous confiner à la réserve . . .

Plus tard, durant la même discussion, il a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Je ne fais jamais de promesse sans avoir vu les terres que je réserve. La réserve est destinée à la tribu et non aux individus. L'agent peut attribuer les terres. Des arpenteurs seront envoyés pour établir les limites exactes, et les plans seront transmis aux chefs. [Je souligne.]

(Transcription de la réunion avec le chef Le goul, deux autres chefs, le père Morris et le commissaire, le 18 septembre 1891.)

Il ressort de ces commentaires que le commissaire O'Reilly a clairement indiqué qu'il ne prenait pas la décision finale relativement aux limites de la réserve et que, de toute façon, son rôle était de réserver les terres, non la pêcherie.

Moins de deux semaines après l'attribution de la réserve de Moricetown, il a précisé davantage sa position au cours de ses conversations avec les Indiens de New Kitseguela, à environ 30 milles en aval de Moricetown. Le commissaire O'Reilly a dit ceci:

[TRADUCTION] J'espère que vous ne demanderez pas une étendue déraisonnable de territoire, mais plutôt uniquement ce qui vous est utile. Il n'est pas nécessaire de réserver des territoires de cueillette de baies et de chasse. Il serait impossible de délimiter de tels territoires puisque vous parcourez des centaines de milles. Vous ne serez pas confinés aux réserves, vous pourrez chasser, pêcher ou cueillir des baies où vous le voulez, comme vous l'avez fait jusqu'à maintenant. [Je souligne.]

Il a poursuivi ainsi:

52

53

You not only have good land, you have a good salmon river at your door, and good hunting and berrying mountains close at hand. When the reserves are defined the land belongs exclusively to the Indians. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Non seulement avez-vous de bonnes terres, mais vous avez également tout près une rivière riche en saumon et, à portée de la main, des montagnes qui regorgent de gibier et de baies. Une fois les réserves délimitées, le territoire appartient alors exclusivement aux Indiens. [Je souligne.]

54

Commissioner O'Reilly certainly believed the reserve consisted of the land but not the river. His concern was to reserve a fishing station on the bank of the river and not with reserving control of the fishery itself. This is made clear later in the conversation, when in response to a request for the reservation of a portion of the stream, Commissioner O'Reilly stated:

I cannot see the necessity of making such a large reserve. You cannot use it. It is necessary you shd have timber, and that I will give you, and your village and agricultural land, but it is not necessary to give you seven miles of fishing ground, that cannot be used by anyone else. [Emphasis added.]

(Transcript of O'Reilly Commission Meeting at New Kitseguela, September 30, 1891. National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3571, File 126, pt. A; Provincial Archives of British Columbia microfilm reel B-274.)

Was an Exclusive Fishery Included in the Grant?

Il ne fait pas de doute que le commissaire O'Reilly estimait que la réserve était constituée des terres mais non de la rivière. Il tenait à réserver un poste de pêche sur la berge de la rivière, non à réserver le contrôle de la pêcherie même. Cela ressort clairement de la réponse qu'il a donnée, plus tard dans la conversation, lorsqu'on lui a demandé de réserver une partie du cours d'eau:

[TRADUCTION] Je ne vois pas la nécessité d'établir une si vaste réserve. Vous ne pourrez pas l'utiliser. Vous avez besoin de bois, ce que je vous donnerai, ainsi que de votre village et de terres agricoles, mais il n'est pas nécessaire de vous donner un secteur de pêche de sept milles qui ne pourrait être utilisé par personne d'autre. [Je souligne.]

(Transcription de la réunion du commissaire O'Reilly à New Kitseguela, 30 septembre 1891. Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3571, dossier 126, partie A; Archives provinciales de la Colombie-Britannique, bobine de microfilm B-274.)

Y-a-t-il eu attribution d'une pêcherie exclusive?

55

The Minutes of Decision of Commissioner O'Reilly, dated September 19, 1891 referred to the allotment of the Moricetown Reserve in the following terms:

Lach kal tsap, a reserve of twelve hundred and ninety (1290) acres, situated on the Hagwilget river about 35 [miles] southeast of Hazelton.

Commencing on the right bank of the Hagwilget river at a Poplar tree marked Indian reserve and running East ninety (90) chains; thence North one hundred and twenty (120) chains; thence West one hundred and twenty (120) chains; thence South one hundred and twenty (120) chains; and thence East thirty (30) chains to the place of commencement.

Dans le procès-verbal de la décision du commissaire O'Reilly, en date du 19 septembre 1891, il est fait état de l'attribution de la réserve de Moricetown dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lach kal tsap, réserve de mille deux cent quatre-vingt-dix (1290) acres, située le long de la rivière Hagwilget, à environ 35 [milles] au sud-est de Hazelton.

Commençant sur la rive droite de la rivière Hagwilget, à l'endroit où se trouve un peuplier sur lequel est inscrit réserve indienne, et vers l'est sur une distance de quatre-vingt-dix (90) chaînes; de là, cent vingt (120) chaînes vers le nord; de là, cent vingt (120) chaînes vers l'ouest; de là, cent vingt (120) chaînes vers le sud; et de là, trente (30) chaînes vers l'est, jusqu'au point de départ.

(Indian Lands Registry (Registry No. B-64652), Department of Indian and Northern Affairs, Hull, P.Q.)

The appellant urged that this metes and bounds description was clear and cogent evidence that Commissioner O'Reilly intended that the Reserve include the Hagwilget River and with it an exclusive fishery.

It is true that the metes and bounds description does not exclude the river. Yet, it must be remembered that the Commissioner had explained to the Indians, that this was only a rough allocation of land which would later be more accurately surveyed. More importantly, with regard to the alleged allotment of an exclusive fishery, it is certainly significant that the letter from Commissioner O'Reilly of January 21, 1892 forwarding the Minutes of Decision makes no mention of any fisheries being reserved for the Indians.

Commissioner O'Reilly did refer to a fishery adjacent to the proposed reserve in his report to the Superintendent General of Indian Affairs on March 26, 1892. When, on May 13, 1892, the Deputy Superintendent General of Indian Affairs sent a copy of the recommended allotment of the Moricetown Reserve and others to the Department of Marine and Fisheries, he asked that the fishing grounds adjacent to the reserves be reserved for the Indians who had been allocated the lands adjacent to those fishing grounds. This request confirms that Indian Affairs understood its powers and that of its Commissioners to be limited to the allocation of land to the Indians, and that any allocation of fishing grounds would have to be approved by the Department of Marine and Fisheries.

When the Department of Marine and Fisheries forwarded the request for fishing grounds to the Dominion Inspector of Fisheries in British Columbia for comment, that official stated:

(Registre des terres indiennes (n° B-64652), ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Hull (Qc).)

L'appelant a prétendu avec insistance que cette description par mesurage et délimitation était une preuve claire et convaincante que le commissaire O'Reilly entendait que la réserve comprenne la rivière Hagwilget et avec elle une pêcherie exclusive.

Bien qu'il soit vrai que cette description par mesurage et délimitation n'exclut pas la rivière, il faut néanmoins rappeler que, comme le commissaire l'avait expliqué aux Indiens, il ne s'agissait que d'une attribution approximative de terres, qui serait par la suite arpentée de façon plus précise. Fait plus important en ce qui concerne la prétendue attribution d'une pêcherie exclusive, il est certes significatif que la lettre datée du 21 janvier 1892 du commissaire O'Reilly, accompagnant le procès-verbal de sa décision, ne renferme aucune mention de quelque pêcherie que ce soit réservée en faveur des Indiens.

Le commissaire O'Reilly a effectivement fait état d'une pêcherie adjacente à la réserve proposée dans son rapport au surintendant général des Affaires indiennes le 26 mars 1892. Lorsque, le 13 mai 1892, le surintendant général adjoint des Affaires indiennes a fait parvenir au ministère de la Marine et des Pêcheries une copie de la recommandation d'attribuer la réserve de Moricetown et d'autres réserves, il a demandé que les secteurs de pêche adjacents aux réserves soient réservés aux Indiens à qui avaient été attribuées les terres adjacentes à ces secteurs. Cette demande confirme que le ministère des Affaires indiennes comprenait que ses pouvoirs et ceux de ses commissaires se limitaient à l'attribution de terres aux Indiens, et que toute attribution de secteurs de pêche devait être approuvée par le ministère de la Marine et des Pêcheries.

Lorsque le ministère de la Marine et des Pêcheries a transmis la demande de secteurs de pêche à l'inspecteur fédéral des pêcheries en Colombie-Britannique afin d'obtenir ses commentaires, ce dernier a répondu ceci:

56

57

58

59

I beg to respectfully, but in the strongest way possible to recommend that no salmon fishing grounds be reserved for the use of Indians.

. . .

In my opinion the Dept. of Fisheries should not grant, or acknowledge any exclusive rights of Indians to any waters in British Columbia.

(John McNab, Dominion Inspector of Fisheries, British Columbia, to William Smith, Deputy Minister of Marine and Fisheries, May 26, 1892 in Indian Lands Registry (Registry No. B-64648), Department of Indian and Northern Affairs, Hull, P.Q.)

[TRADUCTION] Je recommande respectueusement, mais de la façon la plus vigoureuse possible, qu'aucun secteur de pêche au saumon ne soit réservé pour l'usage des Indiens.

. . .

À mon avis, le ministère des Pêcheries ne devrait ni accorder ni reconnaître aux Indiens de droits exclusifs sur quelque étendue d'eau en Colombie-Britannique.

(John McNab, inspecteur fédéral des Pêcheries, Colombie-Britannique, à William Smith, sous-ministre de la Marine et des Pêcheries, 26 mai 1892, Registre des terres indiennes (n° B-64648), ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Hull (Qc).)

60 This letter was in turn forwarded to Indian Affairs by the Department of Marine and Fisheries on June 4, 1892. In reply, R. Sinclair of the Department of Indian Affairs wrote the Minister of Marine and Fisheries to ask whether he concurred with the recommendation of the Inspector of Fisheries not to allocate salmon fishing grounds to the Indians. In this letter of June 9, 1892 he reiterated that the Department of Indian Affairs claimed no right to allot fishery reserves to the Indians, and that it was for the Department of Marine and Fisheries to decide whether any or all of the recommended allotments of fishing grounds was to be approved.

Cette lettre a à son tour été transmise aux Affaires indiennes par le ministère de la Marine et des Pêcheries le 4 juin 1892. En réponse, R. Sinclair, du ministère des Affaires indiennes, a écrit au ministre de la Marine et des Pêcheries pour lui demander s'il était d'accord avec la recommandation de l'inspecteur des Pêcheries de ne pas attribuer aux Indiens de secteurs de pêche au saumon. Dans cette lettre du 9 juin 1892, il a réitéré que le ministère des Affaires indiennes ne prétendait aucunement avoir le droit d'attribuer des réserves de pêche aux Indiens, et qu'il appartenait au ministère de la Marine et des Pêcheries de décider si toutes les attributions de secteurs de pêche recommandées ou certaines seulement devaient être approuvées.

61 The clear reply of the Deputy Minister of Marine and Fisheries on July 14, 1892 was that his Department would not sanction any reservation of fishing grounds. He repeated the long-standing position of the Department that exclusive fisheries would not be granted, and suggested instead that:

... it would be far better to have such waters as you may deem to be necessary for the support and maintenance of these Indians, licensed to them under similar conditions as licenses are issued to other Bands of Indians in Ontario. This would place them on a footing of equality with White fishermen, and enable them to dispose of their fish in the same manner as the latter do.

Le 14 juillet 1892, le sous-ministre de la Marine et des Pêcheries a clairement répondu que son ministère ne sanctionnerait aucune réservation de secteurs de pêche. Il a répété la position de longue date du ministère qu'aucune pêcherie exclusive ne serait accordée, et il a plutôt proposé ceci:

[TRADUCTION] ... il me semble de loin préférable que les étendues d'eau que vous estimez nécessaires à la subsistance de ces Indiens leur soient accordées au moyen de licences assorties de conditions semblables à celles qui sont imposées à d'autres bandes indiennes de l'Ontario. Ils seraient ainsi sur un pied d'égalité avec les pêcheurs blancs et ils pourraient disposer de leur poisson de la même manière que ces derniers.

(William Smith, Deputy Minister of Marine and Fisheries, to Deputy Superintendent General of Indian Affairs, July 14, 1892 in Indian Lands Registry (Registry No. B-64648), Department of Indian and Northern Affairs, Hull, P.Q.)

The only conclusion which can be reached on this evidence is that there was never any intention on the part of the Crown to allot an exclusive fishery for the Moricetown Band.

The Application of the Ad Medium Filum Aquae Presumption

The appellant argued that the intention of the Crown to allot fishery rights to the band as part of the reserve was to a large extent irrelevant in this case. The basis for the argument is that the Crown only intended to reserve the fishery in navigable waters, and that in non-navigable waters, which the appellant contends includes the Bulkley River at the reserve, the presumption *ad medium filum aquae* applies, and accordingly the river surrounded, as it is on both sides by the reserve, would be presumptively part of the reserve.

Assuming without deciding that the doctrine of *ad medium filum aquae* should apply to Indian Reserves, it is not applicable in this case for three reasons. First, it must be remembered that the doctrine is only applicable in cases where the river forming the boundary is not navigable. The Bulkley River is navigable above and below the Moricetown gorge and should be considered a navigable river. This in itself is a sufficient basis for determining that the river did not form part of the reserve and that the presumption of ownership to the middle of the river cannot arise. Secondly, at the time the reserve was created the English common law provided that the fishery was a right which was severable from the title to the river bed itself. Thus, even if the presumption *ad medium filum aquae* were to apply to pass title to the bed of the river to the band, the presumption has no effect

(William Smith, sous-ministre de la Marine et des Pêcheries, au surintendant général adjoint des Affaires indiennes, 14 juillet 1892, Registre des terres indiennes (n° B-64648), ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Hull (Qc).)

La seule conclusion qu'il est possible de tirer de cette preuve est que la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder de pêche exclusive à la bande de Moricetown.

L'application de la présomption ad medium filum aquae

L'appelant a fait valoir que l'intention de la Couronne d'accorder à la bande des droits sur la pêche, en tant que partie de la réserve, est dans une large mesure sans pertinence en l'espèce. À l'appui de cet argument, l'appelant affirme que la Couronne entendait uniquement réserver la pêche dans les eaux navigables, et que, dans les eaux non navigables — la rivière Bulkley étant, de prétendre l'appelant, formée de telles eaux à la hauteur de la réserve —, la présomption *ad medium filum aquae* s'applique, de sorte que, comme la rivière est bordée des deux côtés par la réserve, elle ferait partie de celle-ci par l'effet de la présomption.

À supposer, sans toutefois se prononcer sur la question, que la doctrine *ad medium filum aquae* s'applique aux réserves indiennes, elle ne s'applique cependant pas en l'espèce, et ce pour trois raisons. Premièrement, il faut se rappeler que la doctrine n'est applicable que dans les cas où la rivière qui forme la limite n'est pas navigable. Or, comme la rivière Bulkley est navigable en amont et en aval de la gorge de Moricetown, elle devrait être considérée comme une rivière navigable. En soi, il s'agit d'une raison suffisante pour conclure qu'elle ne fait pas partie de la réserve et que la présomption relative au droit de propriété sur la rivière jusqu'à son milieu ne peut alors naître. Deuxièmement, lorsque la réserve a été créée, la pêche était, en vertu de la common law d'Angleterre, un droit séparable du titre relatif au lit de la rivière. Donc, même si la présomption *ad*

62

63

64

on the fishery as the Crown specifically refused to allot an exclusive fishery to the band. It was the clear intention of the Crown to reserve all of the fishery to itself. It follows that any by-law with respect to fishing would therefore be beyond the band's authority as control of this riparian right remained with the Crown. Thirdly, if the presumption could possibly be said to apply it was rebutted in light of the evidence that the Crown never intended to grant nor did it grant the bed of the river to the band. It will be necessary to say a little more with regard to each of these aspects.

When Does the *Ad Medium Filum Aquae* Presumption Apply?

65 In British Columbia, the civil and criminal laws of England were adopted as at November 19, 1858 "so far as the same [were] not by local circumstances inapplicable": *The English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 70, s. 2 (now *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 2). Similar language also introduced the common law of England into Manitoba and Alberta, although in other provinces, such as Ontario, no allowance was made for "local circumstances".

66 As La Forest explained in his book *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces, supra*, at pp. 241-42, the English rule was that:

... the owner of land through which a non-tidal stream flows owns the bed of the stream unless it has been expressly or impliedly reserved; and if the stream forms the boundary between lands owned by different persons, each proprietor owns the bed of the river *ad medium filum aquae* — to the centre thread of the stream.

67 While this rule expressed the common law as it existed in England, the courts in western Canada

medium filum aquae s'appliquait et transférait à la bande le titre sur le lit de la rivière, elle ne produirait aucun effet à l'égard de la pêche, étant donné que la Couronne a expressément refusé d'accorder à la bande une pêche exclusive. La Couronne avait clairement l'intention de se réserver l'ensemble de la pêche. Il s'ensuit que tout règlement administratif régissant la pêche dépasserait les pouvoirs de la bande, puisque la Couronne a conservé le contrôle de ce droit riverain. Troisièmement, même s'il était possible d'affirmer que la présomption s'applique, elle a été réfutée compte tenu de la preuve que la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder le lit de la rivière à la bande et qu'elle ne l'a jamais accordé dans les faits. Il est nécessaire d'explicitier un peu plus chacun de ces aspects.

Quand la présomption *ad medium filum aquae* s'applique-t-elle?

En Colombie-Britannique, les lois civiles et criminelles d'Angleterre ont été adoptées, telles qu'elles existaient le 19 novembre 1858, [TRADUCTION] «dans la mesure où elles [n'étaient] pas inapplicables en raison de conditions locales»: *The English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 70, art. 2 (maintenant *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 2). Un texte analogue a également introduit la common law d'Angleterre au Manitoba et en Alberta, quoique, dans d'autres provinces, telle l'Ontario, il n'y a pas de réserve fondée sur les «conditions locales».

Ainsi que La Forest l'a expliqué dans son ouvrage intitulé *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces, op. cit.*, aux pp. 241 et 242, la règle anglaise était la suivante:

[TRADUCTION] ... le propriétaire d'un bien-fonds traversé par un cours d'eau sans marée est également propriétaire du lit de ce cours d'eau sauf s'il a expressément ou implicitement été réservé; si le cours d'eau délimite des biens-fonds appartenant à des personnes différentes, chacune d'elles est propriétaire du lit de la rivière *ad medium filum aquae* — c'est-à-dire jusqu'à la ligne médiane du cours d'eau.

Bien que cette règle exprimait la common law sur ce point à l'époque en Angleterre, les tribunaux

have not applied this rule to navigable rivers. Thus in the case of *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184 (Man. C.A.), Dennistoun J.A. wrote, at pp. 202-3:

These references to the common law of England indicate clearly to my mind that they are not and never were applicable to conditions in this Province. Here the public right in navigable waters whether under the Hudson's Bay tenure or since 1869 under the title vested in the Crown, was prior to, and superseded all private rights acquired by grant or settlement, upon the banks of a navigable stream. In a country occupied from the earliest days by hunters, trappers, fishers and traders whose main and almost exclusive highways were the rivers and streams, such laws were contrary to the requirements and necessities of the whole community.

. . .

The applicability of the common law of England to navigable rivers in respect to the *ad medium* rule may be doubted when it is remembered that the importance of public rights in non-tidal navigable waters was not recognised in England when title to land upon their banks was acquired.

In this country the public right of navigation and of fishery in all navigable waters has always existed and been recognised.

Similarly, in the same year the Alberta Court of Appeal in the case of *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, held that the English common law presumption did not apply in the very different circumstances which existed in Canada. In short, the "local circumstances" which existed in Canada rendered the common law inapplicable with respect to navigable rivers. As Beck J.A. stated in his reasons at pp. 422-23:

In *Barthel v. Scotten* (1895), 24 Can. S.C.R. 367, it was held that a grant of land bounded by the bank of a navigable river or an international waterway does not extend *ad medium filum aquae*.

In *re Provincial Fisheries* (1896), 26 Can. S.C.R. 444, Gwynne, J., said that the rule that riparian proprietors

de l'ouest canadien ne l'ont pas appliquée aux rivières navigables. Ainsi, dans l'affaire *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184 (C.A. Man.), le juge Dennistoun a écrit ceci, aux pp. 202 et 203:

[TRADUCTION] À mon avis, ces renvois à la common law d'Angleterre indiquent clairement que ces règles de droit ne s'appliquent pas et ne se sont jamais appliquées aux conditions dans la province. Ici, que ce soit en vertu de la tenure de la Baie d'Hudson ou, depuis 1869, en vertu du titre dévolu à la Couronne, les droits publics sur les eaux navigables ont précédé et remplacé tous droits privés acquis, par concession ou colonisation, à l'égard des rives d'un cours d'eau navigable. Dans un pays occupé dès le départ par des chasseurs, des trappeurs, des pêcheurs et des commerçants, qui avaient pour principales — et pour ainsi dire uniques — voies de transport les rivières et autres cours d'eau, de telles règles de droit étaient contraires aux besoins et aux exigences de la collectivité toute entière.

. . .

Il est possible de douter de l'applicabilité de la common law d'Angleterre aux rivières navigables, pour ce qui est de la règle *ad medium*, si on se rappelle que l'importance des droits publics sur les eaux sans marée navigables n'était pas reconnue en Angleterre lorsqu'un titre foncier était acquis à l'égard des rives de ces eaux.

Dans notre pays, le droit du public de naviguer et de pêcher dans toutes les eaux navigables existe, et il est reconnu depuis toujours.

De même, au cours de la même année, dans *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la présomption prévue par la common law d'Angleterre ne s'appliquait pas aux conditions fort différentes existant au Canada. Bref, les «conditions locales» qui existaient au Canada rendaient la common law inapplicable aux rivières navigables. Comme le juge Beck l'a écrit dans ses motifs, aux pp. 422 et 423:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Barthel c. Scotten* (1895), 24 R.C.S. Can. 367, il a été jugé qu'en cas d'attribution d'un bien-fonds délimité par la rive d'une rivière navigable ou d'une voie d'eau internationale, le bien-fonds ainsi attribué ne s'étend pas *ad medium filum aquae*.

In *re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. Can. 444, le juge Gwynne a déclaré que la règle portant que les

own ad medium filum aquae does not apply to the great lakes or navigable rivers.

In *Keewatin Power Co. v. Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, Anglin, J. held, as stated in the head note, that: —

“The restriction of the presumption of the common law, as administered in England, in favour of Crown ownership of the alveus of navigable waters, for the protection of public rights of navigation and fishery therein, to navigable tidal waters, is apparently due to the non-recognition in early times of the necessity of protecting such public rights in other navigable waters, and an acquiescence in the right of riparian owners of land bordering thereon to the bed of such waters ad medium filum aquae; whereas in this Province such public rights in all rivers navigable in fact have been deemed always existent in the Crown ex jure naturae, so that the title in the bed thereof remained in the Crown after it had made grants of land bordering upon the banks of such rivers, the doctrine of ad medium filum aquae not applying thereto.”

This Court has declared in *Rex v. Cyr* (1917), 38 D.L.R. 601, 29 Can. Cr. Cas. 77, 12 Alta. L.R. 320 at p. 325, that where resort is to be had to the common law the applications of its principles are not necessarily to result in same decisions as have been or may be given by the English Courts, but that account must be taken of the different conditions prevailing in this country, not merely physical conditions but the general conditions of our public affairs and the general attitude of the community in regard to the particular matter in question.

The decision of Anglin, J., was reversed by the Ontario Court of Appeal (1908), 16 O.L.R. 184, but explicitly on the ground of the precise wording of the statute of the Province, R.S.O. 1897, ch. 111, sec. 1, enacting that “In all matters of controversy relative to property and civil rights, resort shall continue to be had to the laws of England as they stood on the said 15th of October, 1792, as the rule for the decision of the same. . . . except so far as the said laws may have been repealed by any Act of the late Province of Upper Canada still having the force of law in Ontario, or by these Revised Statutes.”

propriétaires riverains sont propriétaires ad medium filum aquae ne s’applique pas aux grands lacs ni aux rivières navigables.

Suivant le texte du sommaire de l’arrêt *Keewatin Power Co. c. Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, le juge Anglin a tiré la conclusion suivante:

«Si la présomption de common law — appliquée en Angleterre et en vertu de laquelle la Couronne est propriétaire du lit des eaux navigables, en vue de la protection des droits publics de navigation et de pêche dans ces eaux — ne vise que les eaux à marée navigables, c’est apparemment parce que, à l’origine, on ne reconnaissait pas la nécessité de protéger ces droits publics dans les autres eaux navigables, et que l’on acceptait que les propriétaires riverains avaient sur le lit de ces eaux un droit ad medium filum aquae; attendu que, dans notre province, ces droits publics dans toutes les rivières navigables ont, dans les faits, toujours été réputés appartenir à la Couronne ex jure naturae, celle-ci a conservé son titre sur le lit des rivières, même après avoir accordé des biens-fonds en bordure de leurs rives, la doctrine ad medium filum aquae ne s’y appliquant pas.»

Notre Cour a déclaré, dans *Rex c. Cyr* (1917), 38 D.L.R. 601, 29 Can. Cr. Cas. 77, 12 Alta. L.R. 320, à la p. 325, que si l’application des principes de common law s’avère nécessaire, elle ne doit pas pour autant donner lieu à des décisions identiques à celles qui ont été rendues par les tribunaux anglais ou qui pourraient l’être; il faut plutôt tenir compte des conditions différentes qui existent dans notre pays, non seulement de la géographie, mais également de l’état général de nos affaires publiques et de l’attitude générale de la collectivité à l’égard de la question soulevée.

La décision du juge Anglin a été infirmée par la Cour d’appel de l’Ontario (1908), 16 O.L.R. 184, mais explicitement sur le fondement du texte même de la disposition législative provinciale pertinente, R.S.O. 1897, ch. 111, art. 1, qui était ainsi rédigée: «Relativement à toute question litigieuse concernant la propriété et les droits civils, on continuera d’avoir recours aux lois d’Angleterre, suivant leur texte au 15 octobre 1792, à titre de règles régissant ce genre de questions [. . .] sauf dans la mesure où les lois en question ont été abrogées soit par une loi de l’ancienne province du Haut-Canada [. . .] toujours en vigueur en Ontario, soit par les présentes lois révisées.»

Beck J.A. then went on to cite s. 11 of the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50,

Le juge Beck a ensuite cité l’art. 11 de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50,

which is to the same effect as s. 2 of the British Columbia *English Law Ordinance Act*. He observed at p. 424:

The words which I have quoted do not appear in the Ontario Act. The quoted word “applicable” means “suitable”, “properly adapted to the conditions of the country”. *Brand v. Griffin* (1908) 1 Alta. L. R. 510, I accept then, for this Province at least the view propounded by Anglin, J. In that view the doctrine that in non-tidal waters prima facie the title to the bordering lands runs ad medium filum aquae is not in force in the Province so far as to affect waters — lakes or rivers — which are in fact navigable. [Emphasis added.]

I am in complete agreement with the reasoning and conclusions of the Manitoba and Alberta Courts of Appeal. The wording of the Manitoba, Alberta, and British Columbia statutes leads inexorably to the conclusion that the decisions of the Manitoba and Alberta Courts of Appeal are correct and applicable to British Columbia.

This conclusion is further supported by the statements of La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 54, where he said:

The common law of England has long been that the public has a right to navigate in tidal waters, but though non-tidal waters may be navigable in fact the public has no right to navigate in them, subject to certain exceptions not material here. Except in the Atlantic provinces, where different considerations may well apply, in Canada the distinction between tidal and non-tidal waters was abandoned long ago; see *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 S.C.R. 444; for a summary of the cases, see my book on *Water Law in Canada* (1973), at pp. 178-80. Instead the rule is that if waters are navigable in fact, whether or not the waters are tidal or non-tidal, the public right of navigation exists. That is the case in Alberta where the Appellate Division of the Supreme Court, applying the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, rightly held in *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, that the English rule was not suitable to the conditions of the province. There is

qui est au même effet que l’art. 2 de l’*English Law Ordinance Act* de la Colombie-Britannique. Il a fait l’observation suivante, à la p. 424:

[TRADUCTION] Les termes que j’ai cités ne figurent pas dans la loi de l’Ontario. Le mot «applicable» signifie «approprié», «bien adapté aux conditions existant dans le pays». *Brand c. Griffin* (1908), 1 Alta. L.R. 510. J’adhère donc, à tout le moins pour ce qui est de notre province, à l’opinion exprimée par le juge Anglin. À son avis, la doctrine portant que le titre sur les biens-fonds qui bordent des eaux sans marée s’étend à première vue ad medium filum aquae, ne s’applique pas, dans la province, aux eaux — lacs et rivières — qui dans les faits sont navigables. [Je souligne.]

Je suis en parfait accord avec le raisonnement et les conclusions des cours d’appel du Manitoba et de l’Alberta. Le texte des lois du Manitoba, de l’Alberta et de la Colombie-Britannique amène inexorablement à conclure que les décisions des cours d’appel du Manitoba et de l’Alberta sont correctes et s’appliquent à la Colombie-Britannique.

Cette conclusion est étayée également par les propos du juge La Forest dans l’arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 54, où il a déclaré ceci:

La common law d’Angleterre prévoit depuis longtemps que le public a un droit de navigation dans les eaux de marée; toutefois, bien que les eaux sans marée puissent être navigables, le public n’a pas le droit d’y naviguer, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes en l’espèce. Au Canada, la distinction entre les eaux de marée et les eaux sans marée a été abandonnée il y a longtemps, sauf dans les provinces de l’Atlantique où des considérations différentes pourraient bien s’appliquer; voir l’arrêt *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. 444; pour un sommaire des arrêts applicables, voir mon ouvrage intitulé *Water Law in Canada* (1973), aux pp. 178 à 180. La règle est plutôt la suivante: si les eaux sont navigables, que ce soient des eaux de marée ou sans marée, il existe un droit public de navigation. C’est le cas en Alberta où la Division d’appel de la Cour suprême, dans l’application de l’*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, a à bon droit statué dans l’arrêt *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, que la règle anglaise ne

70

71

no issue between the parties that the Oldman River is in fact navigable.

What is the Correct Test for Navigability, and Is the Bulkley River a Navigable River?

pouvait être appliquée à la province. Les parties ne contestent pas que la rivière Oldman est en fait navigable.

Quel est le critère applicable pour statuer sur la navigabilité, et la rivière Bulkley est-elle une rivière navigable?

72 It is clear that the *ad medium filum aquae* presumption has no application to navigable rivers in British Columbia. From the earliest times the Courts and legislatures of this country have refused to accept the application of a rule developed in England which is singularly unsuited to the vast non-tidal bodies of water in this country. It is therefore necessary to determine whether the Bulkley River can properly be considered to be a navigable river.

Il est évident que la présomption *ad medium filum aquae* ne s'applique pas aux rivières navigables de la Colombie-Britannique. Dès le départ, les législatures et les tribunaux du Canada ont refusé d'appliquer une règle élaborée en Angleterre et singulièrement peu adaptée à nos vastes étendues d'eau sans marée. Il est par conséquent nécessaire de déterminer si la rivière Bulkley peut, à juste titre, être considérée comme une rivière navigable.

73 To assess navigability, the entire length of the river from its mouth to the point where its navigability terminates must be considered. On this issue I am in agreement with the reasoning and conclusions of Wallace J.A. in the Court of Appeal. In particular I would adopt the statements of Anglin J. (as he then was) in the case of *Keewatin Power Co. v. Kenora (Town)* (1906), 13 O.L.R. 237 (H.C.). There the navigability of the Winnipeg River was in question. It was a river not unlike the Bulkley River in that various falls and rapids necessitated numerous portages between stretches of good water. Anglin J. wrote at p. 263:

Pour apprécier la navigabilité d'une rivière, il faut examiner tout son cours, de son embouchure jusqu'à l'endroit où la navigabilité prend fin. Sur cette question, je souscris au raisonnement et aux conclusions du juge Wallace de la Cour d'appel. Plus particulièrement, je fais miens les propos formulés par le juge Anglin (plus tard Juge en chef de notre Cour) dans l'affaire *Keewatin Power Co. c. Kenora (Town)* (1906), 13 O.L.R. 237 (H.C.), où il était question de la navigabilité de la rivière Winnipeg. Cette rivière n'était pas sans présenter des similitudes avec la rivière Bulkley, puisqu'elle comportait plusieurs chutes et rapides exigeant de nombreux portages entre les étendues d'eau praticables. Le juge Anglin a écrit ceci, à la p. 263:

But it is argued that in any event the *ad medium* rule should apply to such parts of navigable rivers as are in their natural state non-navigable owing to impediments such as falls or rapids. Such is not my opinion. Once the navigable character of the river is established, up to the point at which navigability entirely ceases the stream must be deemed a public highway, though above that point it is private property: *The Queen v. Robertson*, 6 S.C.R. 52.

[TRADUCTION] Or, l'on soutient que, de toute façon, la règle *ad medium* devrait s'appliquer aux parties des rivières navigables qui, à leur état naturel, ne sont pas navigables en raison d'obstacles tels que des chutes ou des rapides. Je ne suis pas d'accord. Une fois que la navigabilité de la rivière a été établie, celle-ci doit être considérée comme une voie publique jusqu'à l'endroit où sa navigabilité cesse entièrement, même si en amont de ce point elle est une propriété privée: *The Queen c. Robertson*, 6 R.C.S. 52.

The inconvenience which would ensue were the soil of the bed of the same river in alternate stretches vested in the Crown, *juris publici*, and in the riparian owners, *juris privati*, affords strong ground for the belief that the law is not in a condition which would produce such results. Then again, though navigation at the falls in the

Étant donné les problèmes qui découleraient du fait que différentes parties du lit d'une même rivière appartiendraient à la Couronne *juris publici* et aux propriétaires riverains *juris privati*, il y a de fortes raisons de croire que l'état du droit n'est pas tel que cela puisse se produire. Par ailleurs, bien que la navigation soit à

east branch of the Winnipeg river is presently impossible, the engineers say that a canal to overcome the natural obstacle which the falls present is quite possible. Is not the stream even at this point navigable *in posse*? I think it is.

There is judicial authority for the proposition that a natural interruption of navigation in a river, in its general character navigable, does not change its legal characteristics in that respect at the point of interruption, and that riparian owners are not at such point presumed to own the bed *ad medium filum: Re State Reservation at Niagara Falls* (1884), 16 Abbott's N. C. (N.Y.) 159, 187; 37 Hun 507, 547-8. [Emphasis added.]

Similarly, Henry J. in *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608 (Ont. H.C.), at p. 614 (cited with approval by Wallace J.A. at the Court of Appeal) found that:

Interruptions to navigation such as rapids on an otherwise navigable stream which may, by improvements such as canals be readily circumvented, do not render the river or stream non-navigable in law at those points. . . .

Finally, La Forest in his book *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces, supra*, states at p. 181:

Thus the whole of a river or lake may be regarded as navigable even though at some point navigation may be impossible or possible only for small craft by reason of rapids or shoals.

The Bulkley River is navigable both above and below the Moricetown Canyon and should be considered a navigable river. The fact that it is not navigable at the Moricetown gorge cannot alter that conclusion. Since the *ad medium filum aquae* presumption has no application to navigable rivers in British Columbia, it has no application to the Bulkley River in its passage through the Moricetown Reserve. On this basis alone it can be concluded that reserve does not include the river.

l'heure actuelle impossible là où tombent les chutes dans le bras est de la rivière Winnipeg, les ingénieurs affirment qu'un canal pourrait très bien permettre de vaincre cet obstacle naturel. Le cours d'eau n'est-il pas, même à cet endroit, navigable *in posse*? Je crois que oui.

Il existe des décisions permettant d'avancer qu'un obstacle naturel à la navigation sur une rivière qui, de par sa nature générale, est navigable, ne change pas le caractère juridique de cette rivière à l'endroit de l'interruption, et que les propriétaires riverains ne sont pas, à cet endroit, présumés être les propriétaires du lit *ad medium filum: Re State Reservation at Niagara Falls* (1884), 16 Abbott's N. C. (N.Y.) 159, 187; 37 Hun 507, 547 et 548. [Je souligne.]

De même, le juge Henry dans l'arrêt *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608 (H.C. Ont.), à la p. 614 (cité et approuvé par le juge Wallace de la Cour d'appel), a conclu ainsi:

[TRADUCTION] Les obstacles à la navigation — des rapides, par exemple — sur un cours d'eau par ailleurs navigable, qui peuvent être facilement contournés au moyen d'améliorations — comme des canaux — ne rendent pas ce cours d'eau non navigable, au sens juridique, à ces endroits. . .

Enfin, La Forest, dans son ouvrage intitulé *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces, op. cit.*, dit ceci, à la p. 181:

[TRADUCTION] Ainsi, l'ensemble de la rivière ou du lac peut être jugé navigable même si, à un certain endroit, la navigation peut se révéler impossible ou possible uniquement au moyen de petites embarcations en raison de la présence de rapides ou de hauts-fonds.

La rivière Bulkley étant navigable tant en amont qu'en aval du canyon de Moricetown, elle devrait être considérée comme une rivière navigable. Sa non-navigabilité à la gorge de Moricetown ne peut modifier cette conclusion. Étant donné que la présomption *ad medium filum aquae* ne s'applique pas aux rivières navigables en Colombie-Britannique, elle ne s'applique donc pas à la partie de la rivière Bulkley qui traverse la réserve de Moricetown. Pour ce seul motif, il est possible de conclure que la réserve n'inclut pas la rivière.

The Fishery is Separate from Ownership of the Bed

75

The appellant contends that the *ad medium filum aquae* presumption became applicable in British Columbia on November 18, 1858, when the common law of England was explicitly adopted as the law except to the extent that it was inapplicable. Accordingly, it is argued that when the Crown granted land to the Indians it implicitly included the title to the river *ad medium filum aquae*. Where, as in this case, the river is bordered on both sides by the reserve, the principle would act to give title to the entire river bed to the reserve. Accordingly, the river would be "on the reserve", subject only to the Crown's ability to demonstrate that such a grant was not intended. I cannot accept that position.

76

To understand why the presumption does not apply requires a review of the common law rules concerning water. H. J. W. Coulson and Urquhart A. Forbes in *The Law relating to Waters* (2nd ed. 1902), at p. 100, explain the application of the *ad medium filum aquae* presumption in the following terms:

When the lands of two conterminous proprietors are separated from each other by a running non-tidal stream of water, each proprietor is *primâ facie* owner of the soil of the *alveus*, or bed of the river, *ad medium filum aquae*. The soil of the *alveus* is not the common property of the two proprietors, but the share of each belongs to him in severalty Where the same person is the proprietor of the ground on both sides of the stream, he is *primâ facie* the proprietor of the whole of the channel. . . .

The presumption that, by a conveyance describing the land thereby conveyed as bounded by a river, it is intended that the bed of the river, *usque ad medium filum*, should pass, may be rebutted by proof of surrounding circumstances in relation to the property in question, which negative the possibility of such having been the intention.

La pêcherie est dissociable de la propriété du lit

L'appelant prétend que la présomption *ad medium filum aquae* est devenue applicable en Colombie-Britannique le 18 novembre 1858, date à laquelle la common law d'Angleterre a été explicitement adoptée comme étant le droit en vigueur, sauf dans la mesure où elle était inapplicable. Par conséquent, on plaide que, lorsque la Couronne a attribué des terres aux Indiens, elle a implicitement inclus le titre sur la rivière, *ad medium filum aquae*. Dans les cas où, comme en l'espèce, la rivière est bordée des deux côtés par la réserve, l'application du principe aurait pour effet de donner à la réserve le titre sur le lit entier de la rivière. Ainsi, la rivière se trouverait «*on the reserve*» («dans la réserve»), à moins seulement que la Couronne réussisse à démontrer qu'elle n'avait pas l'intention d'accorder un tel titre. Je ne peux souscrire à cette thèse.

Afin de bien comprendre pourquoi la présomption ne s'applique pas, il convient d'examiner les règles de common law relatives aux eaux. H. J. W. Coulson et Urquhart A. Forbes dans *The Law relating to Waters* (2^e éd. 1902), décrivent ainsi l'application de la présomption *ad medium filum aquae*, à la p. 100:

[TRADUCTION] Les propriétaires de biens-fonds adjacents, séparés par un cours d'eau sans marée, sont jusqu'à preuve du contraire propriétaires du sol de l'*alveus*, ou lit de la rivière, *ad medium filum aquae*. Le sol de l'*alveus*, n'est pas la propriété commune des propriétaires, mais chacun d'eux détient plutôt sa part individuellement [. . .] Lorsque les biens-fonds se trouvant de chaque côté d'un cours d'eau appartiennent à la même personne, celle-ci est, jusqu'à preuve du contraire, propriétaire de tout le lit. . . .

La présomption voulant que, dans les cas où un acte de transfert indique que les terres visées sont délimitées par une rivière ce fait témoigne de l'intention de transférer également le lit de la rivière *usque ad medium filum*, peut être repoussée en apportant la preuve de circonstances relatives aux biens-fonds en question réfutant que telle ait pu être l'intention.

One of the rights that flow from this possession of the bed is the right to the fishery. This is explained by the authors, at p. 104, in the following terms:

The right of fishery being a right of property, the presumption is that each owner of land abutting on a non-tidal stream has the right of fishing in front of his land, *usque ad medium filum aquae*; and where a man possesses land on both sides of the water, he has the sole right of fishing.

However, the authors go on to explain that this right of fishery is severable from the title, with the result that the right can be granted to another, or reserved from a grant. As Wightman J. stated in *Marshall v. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274, at p. 278 E.R.:

... it is clear upon the authorities that the soil of land covered with water may, together with the water and the right of fishery therein, be specially appropriated to a third person, whether he have land or not on the borders thereof or adjacent thereto.

This point is explained very clearly by La Forest in *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*, *supra*, at p. 236, where he states:

Though the right of fishing is usually enjoyed as an incident to the bed, it may of course be transferred to others by lease or licence. Moreover it can be granted, or reserved from a grant, and exist as a separate property right severed from the ownership of the soil.

Clearly the fishery, even where the *ad medium filum aquae* presumption otherwise applies, can be severed from the ownership of the river bed. The evidence presented clearly establishes that there was no intent on the part of the Crown to grant an exclusive fishery. As a result, any grants of title to land adjacent to rivers, navigable or otherwise, must be taken as excluding the fishery, even if it was accepted that the *ad medium filum aquae* presumption was otherwise applicable. The conse-

Un des droits qui découle de la possession du lit est le droit de pêche. Les auteurs expliquent ce droit dans les termes suivants, à la p. 104:

[TRADUCTION] Comme le droit de pêche est un droit de propriété, suivant la présomption, chaque propriétaire d'un bien-fonds attenant à un cours d'eau sans marée a le droit de pêcher à la hauteur de son bien-fonds, *usque ad medium filum aquae*; de plus, si la même personne est propriétaire des biens-fonds se trouvant des deux côtés du cours d'eau, elle possède alors en exclusivité le droit de pêche.

Cependant, les auteurs poursuivent leurs explications en disant que, comme le droit de pêche est séparable du titre, il peut être accordé à quelqu'un d'autre ou encore être réservé dans un acte de transfert. Ainsi que le juge Wightman l'a déclaré dans *Marshall c. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274, à la p. 278 E.R.:

[TRADUCTION] ... il est évident, à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, que le sol de terres submergées, ainsi que l'eau et le droit d'y pêcher, est susceptible d'appropriation particulière par un tiers, que celui-ci possède ou non des terres bordant le sol en question ou adjacentes à celui-ci.

G. V. La Forest a très clairement expliqué ce point dans *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*, *op. cit.*, à la p. 236, où il écrit:

[TRADUCTION] Bien que l'on jouisse généralement du droit de pêche en tant qu'attribut de la propriété du lit du cours d'eau, ce droit peut évidemment être transféré à des tiers au moyen d'un bail ou d'un permis. De plus, il peut être accordé ou réservé en cas de transfert, et exister en tant que droit de propriété distinct, disjoint de la propriété du sol.

Il va de soi que, même dans les cas où la présomption *ad medium filum aquae* s'applique par ailleurs, la pêcherie peut être disjointe de la propriété du lit de la rivière. La preuve présentée établit clairement que la Couronne n'avait pas l'intention d'accorder de pêcherie exclusive. En conséquence, il faut considérer que la pêcherie n'est pas comprise en cas de cession de tout titre sur un bien-fonds adjacent à une rivière, navigable ou non, même s'il était admis que la présomption

77

78

79

80

quence for this appellant is obvious. Even if the *ad medium filum aquae* should make the soil of the river bed part of the reserve, the explicit reservation of the fishery from the grant makes any by-law with respect to the fishery *ultra vires* the band's authority.

The Presumption is Rebutted

81 Any intent to grant the bed of the river has been conclusively rebutted. It will be remembered that the acreage of the reservation indicates an intention to exclude the river. In addition, the retention of the fishery by the Crown leads to the presumption that the bed of the river was retained by the Crown. As Coulson and Forbes point out at p. 368 in *The Law relating to Waters, supra*, the cases of *Marshall v. Ulleswater Steam Navigation Co., supra*, and *Holford v. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150 (reversed in the Exchequer Chamber on other grounds (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325), stand for the proposition that:

No doubt the allegation of a several fishery, *primâ facie*, imports ownership of the soil, though they are not necessarily united.

82 As a result, it would appear that the common law as it existed at the time the reserve was allotted would lead to the conclusion that the presumption that the title to the bed of the river would pass with the allotment of the shore had been rebutted. There is no doubt that the Crown intended to keep the fishery in its own possession. Accordingly, the allotment of the shore cannot be presumed to have included the title to the bed of the river *ad medium filum aquae*. To the contrary, the presumption is that with the title to the fishery goes the title to the bed of the river. The appellant has failed to demonstrate any intention or action on the part of the Crown to rebut this presumption.

ad medium filum aquae était par ailleurs applicable. La conséquence pour l'appelant en l'espèce est évidente. Même si la présomption *ad medium filum aquae* avait pour effet de faire du lit de la rivière une partie de la réserve, la réservation explicite de la pêche dans le transfert rend tout règlement administratif de pêche *ultra vires* des pouvoirs de la bande.

La présomption est réfutée

L'existence de toute intention d'accorder le lit de la rivière a été réfutée de façon décisive. On se rappellera que la superficie de la réserve témoigne de l'intention d'exclure la rivière de celle-ci. En outre, le fait que la Couronne conserve la pêche fait naître la présomption qu'elle a également conservé le lit de la rivière. Comme le soulignent Coulson et Forbes, dans *The Law relating to Waters, op. cit.*, à la p. 368, les arrêts *Marshall c. Ulleswater Steam Navigation Co.*, précité, et *Holford c. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150 (infirmé par la Chambre de l'Échiquier pour d'autres motifs (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325), appuient la thèse suivante:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que l'existence d'une pêche distincte implique, à première vue, la propriété du sol, même si ces deux éléments ne sont pas nécessairement réunis.

En conséquence, il semble que les règles de la common law, telles qu'elles existaient à l'époque de l'attribution de la réserve, portent à conclure que la présomption que le titre sur le lit de la rivière serait transmis du fait de l'attribution de la rive a été réfutée. Il ne fait pas de doute que la Couronne avait l'intention de conserver la possession de la pêche. Par conséquent, il est impossible de présumer que l'attribution de la rive incluait le titre sur le lit de la rivière *ad medium filum aquae*. Au contraire, suivant la présomption, le titre sur la pêche suit le titre sur le lit de la rivière. L'appelant n'a pas réussi à démontrer quelque intention ou action de la Couronne réfutant cette présomption.

It may now be helpful to summarize what I consider to be the relevant evidence and the applicable principles of law which determine the first issue.

1. The Crown in all of its manifestations was consistently clear in its statements that no exclusive fishery should be granted to Indian bands in British Columbia. This is consistent with the fact that the Crown had no power to grant an exclusive fishery, and that after Confederation this would involve the grant of provincial property.
2. The correct test for an assessment of navigability is to consider the entire length of the river. A section of the river which is non-navigable in fact does not necessarily render either the river as a whole or that section non-navigable in law if it is found to be substantially navigable throughout. The Bulkley River is navigable both above and below the Moricetown Canyon, and is therefore a navigable river.
3. The presumption *ad medium filum aquae* does not apply on the facts of this case because:
 - a. Correctly considered the river is navigable, and the application of *ad medium filum aquae* to navigable rivers was not adopted into the common law of British Columbia since it was unsuited to local conditions.
 - b. Fishing as a right can be the subject of a separate grant or reservation. On the facts of this case it is clear that the fishery was reserved from the allotment.

It follows that the band by-law does not apply to the Bulkley River.

It is now necessary to determine whether the appellant's s. 35 rights were infringed by the licensing requirement of the Department of Fisheries and Oceans. If they were not, it still must be considered whether the conditions of the licence

Il pourrait être utile, à ce moment-ci, de résumer ce que j'estime être les éléments de preuve pertinents et les principes de droit applicables pour trancher la première question:

1. Chaque fois qu'elle s'est exprimée, la Couronne a toujours clairement indiqué qu'aucune pêche exclusive ne devait être accordée aux bandes indiennes en Colombie-Britannique. Cette constatation est compatible avec le fait que la Couronne n'avait pas le pouvoir d'accorder de pêche exclusive, et qu'après la Confédération, une telle mesure aurait impliqué la cession d'un bien provincial.
2. Le bon critère pour apprécier la navigabilité d'une rivière consiste à considérer ce cours d'eau dans son ensemble. Si une partie de la rivière n'est pas navigable dans les faits, cela n'a pas pour effet de rendre l'ensemble de la rivière ou la partie en question non navigable au sens juridique, s'il est jugé que la rivière est en grande partie navigable sur toute sa longueur. La rivière Bulkley étant navigable tant en amont qu'en aval du canyon de Moricetown, elle est donc une rivière navigable.
3. Compte tenu des faits de l'espèce, la présomption *ad medium filum aquae* ne s'applique pas, et ce pour les raisons suivantes:
 - a. Suivant l'examen approprié, la rivière est navigable; de plus, le principe de l'application de la présomption *ad medium filum aquae* aux rivières navigables n'a pas été adopté dans la common law de la Colombie-Britannique puisque cette règle n'était pas adaptée aux conditions locales.
 - b. Le droit de pêche peut faire l'objet d'une attribution ou réservation distincte. Il ressort clairement des faits de l'espèce que la pêche a été réservée au moment de l'attribution.

Il s'ensuit que le règlement administratif de la bande ne s'applique pas à la rivière Bulkley.

Il est maintenant nécessaire de décider si l'obligation d'obtenir un permis qui est imposée par le ministère des Pêches et des Océans a porté atteinte aux droits garantis à l'appellant par l'art. 35. Dans la négative, il faut ensuite se demander si les con-

infringe the s. 35 rights and if so whether they can be justified.

Was the Appellant's Section 35 Right to Fish for Food Violated by the Licensing Requirement of the Department of Fisheries and Oceans?

Does Licensing Constitute a Prima Facie Violation of Section 35?

86 The appellant contends that the mere requirement of a licence constitutes a *prima facie* infringement of his s. 35 aboriginal rights. This section of the *Constitution Act, 1982* provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

87 It was held in *Sparrow, supra*, at p. 1112, that the onus of establishing a *prima facie* infringement of an aboriginal right rests on the claimant of that right.

88 The first step in this process is to establish the existence and the extent of the aboriginal right. I am satisfied that the appellant has successfully demonstrated an aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes. The Summary Conviction Appeal Judge, Millward J., specifically found in oral reasons from judgment dated July 12, 1990 that:

... the aboriginal right includes the right to choose the period of time, whether early in the year when the ice is still in the river, or after the end of August, up to a date in September, when steelhead are normally taken, the right to select persons intended to be the recipients of the fish for ultimate consumption, the right to select the purpose for which the fish is to be used, that is, for food or ceremonial or religious purposes, and the method or manner of fishing. . . .

(*R. v. Nikal*, [1991] 1 C.N.L.R. 162, at p. 167.)

89 This, based on the evidence, is an appropriate finding as to the scope of the aboriginal rights of the Wet'suwet'en people with respect to the fishery

conditions du permis portent atteinte à ces droits et, si oui, si cette atteinte peut être justifiée.

L'obligation d'obtenir un permis qui est imposée par le ministère des Pêches et des Océans a-t-elle porté atteinte au droit de pêcher pour se nourrir garanti à l'appellant par l'art. 35?

La délivrance de permis constitue-t-elle à première vue une atteinte à l'article 35?

L'appellant prétend que le seul fait d'exiger un permis constitue à première vue une atteinte aux droits ancestraux que lui garantit l'art. 35. Cette disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ceci:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1112, il a été jugé qu'il incombe à la personne revendiquant un droit ancestral d'établir qu'il a été porté atteinte à première vue à ce droit.

La première étape de cette analyse consiste à établir l'existence et la portée du droit ancestral. Je suis convaincu que l'appellant a réussi à démontrer l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles. Le juge d'appel Millward des poursuites sommaires a explicitement conclu ainsi, dans un jugement oral rendu le 12 juillet 1990:

[TRADUCTION] . . . le droit ancestral inclut le droit de choisir la période de pêche, que ce soit au début de l'année lorsque la rivière est encore gelée, ou après le mois d'août, jusqu'à une date donnée au mois de septembre, lorsque les truites arc-en-ciel sont normalement prises, le droit de désigner les personnes à qui on entend remettre le poisson pour qu'elles le consomment en bout de ligne, le droit de choisir à quelles fins le poisson servira — savoir à des fins alimentaires, rituelles ou religieuses — et la façon de pêcher ou les méthodes utilisées. . . .

(*R. c. Nikal*, [1991] 1 C.N.L.R. 162, à la p. 167.)

À la lumière de la preuve, il s'agit là d'une conclusion appropriée pour ce qui est de la portée des droits ancestraux du peuple Wet'suwet'en sur la

subject to one qualification. Specifically, the selection of the ultimate recipients of the fish is not an unqualified right. Rather, the evidence adduced went no farther than establishing that the appellant as a Wet'suwet'en had the right to provide to other members of the band those fish that are necessary for their personal food and ceremonial needs. I take no position as to whether the right extends beyond that.

I cannot accept Millward J.'s finding that the appellant has a right not to comply with the directions of the Department of Fisheries and Oceans. This finding is not supported by the evidence, nor is it sustainable in law. Moreover, this conclusion, if not conceded, was not seriously contested by the appellant.

With respect to licensing, the appellant takes the position that once his rights have been established, anything which affects or interferes with the exercise of those rights, no matter how insignificant, constitutes a *prima facie* infringement. It is said that a licence by its very existence is an infringement of the aboriginal right since it infers that government permission is needed to exercise the right and that the appellant is not free to follow his own or his band's discretion in exercising that right.

This position cannot be correct. It has frequently been said that rights do not exist in a vacuum, and that the rights of one individual or group is necessarily limited by the rights of another. The ability to exercise personal or group rights is necessarily limited by the rights of others. The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom in the exercise of even a *Charter* or constitutionally guaranteed aboriginal right has never been accepted, nor was it intended. Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is perhaps the prime example of this principle. Absolute freedom without any restriction necessarily infers a freedom to live without any laws. Such a concept is not acceptable in our society. On this issue the reasons of Blair J.A. in *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (C.A.), at p. 524, are per-

pêcherie, à une réserve près toutefois. En effet, le droit de décider quelles sont les personnes qui recevront le poisson en bout de ligne n'est pas un droit absolu. Au contraire, la preuve présentée a simplement permis d'établir que l'appelant, en tant que Wet'suwet'en, a le droit de fournir à d'autres membres de la bande le poisson nécessaire pour satisfaire leurs besoins alimentaires et rituels. Je n'exprime aucune opinion quant à la question de savoir si ce droit a une portée plus large.

Je ne peux souscrire à la constatation du juge Millward que l'appelant a le droit de ne pas se conformer aux ordres du ministère des Pêches et des Océans. Cette constatation n'est pas étayée par la preuve et elle n'est pas soutenable en droit. En outre, même si l'appelant n'a pas concédé ces conclusions, il ne les a pas sérieusement contestées.

En ce qui concerne le régime de délivrance de permis, l'appelant prétend que, une fois que l'existence de ses droits a été établie, tout ce qui en entrave ou en gêne l'exercice, ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte. On affirme que l'existence même du permis porte atteinte au droit ancestral en ce qu'elle implique que la permission du gouvernement est nécessaire pour exercer ce droit, et que l'appelant n'est pas libre de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire de la bande ou au sien pour l'exercer.

Cette thèse ne peut être fondée. Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. La capacité d'exercer des droits individuels ou collectifs est nécessairement restreinte par les droits d'autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d'exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la *Charte* ou garanti par la Constitution, n'a jamais été reconnue ni voulue. L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* est peut-être la meilleure illustration de ce principe. La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société. Sur ce point, les motifs du juge

90

91

92

suasive and convincing. He recognized the need for a balanced approach to limitations on treaty rights, stating:

... Indian treaty rights are like all other rights recognized by our legal system. The exercise of rights by an individual or group is limited by the rights of others. Rights do not exist in a vacuum and the exercise of any right involves a balancing with the interests and values involved in the rights of others. This is recognized in s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which provides that limitation of Charter rights must be justified as reasonable in a free and democratic society.

93 This conclusion is consistent with the approach to interpreting s. 35 rights as set out in *Sparrow*, *supra*, at p. 1110:

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive promise. [Emphasis added.]

94 This case provides an example of the wisdom of the reasoning referred to in *Sparrow* and *Agawa*. Here, the aboriginal right to fish must be balanced against the need to conserve the fishery stock. The existence of an aboriginal right to fish cannot automatically deny the ability of the government to set up a licensing scheme or program since the exercise of the right itself is dependant on the continued existence of the resource. The very right to fish would in time become meaningless if the government could not enact a licensing scheme which could form the essential foundation of a conservation program.

Blair dans l'arrêt *R. c. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (Ont.), à la p. 524, sont persuasifs et convaincants. Il y a reconnu la nécessité d'appliquer une analyse équilibrée en matière de restriction des droits issus de traités, déclarant ceci:

[TRADUCTION] ... les droits issus de traités des Indiens ne diffèrent pas de tous les autres droits reconnus par notre système juridique. L'exercice d'un droit par une personne ou un groupe est restreint par les droits d'autrui. Les droits n'existent pas dans l'abstrait et, dans l'exercice de tout droit, il faut trouver un juste équilibre avec les intérêts et les valeurs qui sous-tendent les droits d'autrui. Ce fait est reconnu à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui énonce que toute restriction des droits garantis par la Charte doit être justifiée comme étant raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cette conclusion est compatible avec l'approche applicable pour interpréter les droits garantis par l'art. 35, qui a été formulée dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1110:

La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX^e siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. [Je souligne.]

La présente affaire illustre bien la sagesse du raisonnement énoncé dans les arrêts *Sparrow* et *Agawa*. En l'espèce, il faut mettre en équilibre le droit ancestral de pêcher et la nécessité de conserver les ressources halieutiques. L'existence d'un droit ancestral de pêcher ne peut automatiquement priver le gouvernement de la capacité de mettre sur pied un régime ou programme de délivrance de permis, car l'exercice du droit lui-même dépend de la survie de ces ressources. Le droit même de pêcher perdrait avec le temps tout son sens si le gouvernement ne pouvait adopter un régime de délivrance de permis susceptible de constituer l'assise essentielle d'un programme de conservation.

It must also be remembered that aboriginal rights, by definition, can only be exercised by aboriginal peoples. Moreover, the nature and scope of aboriginal rights will frequently be dependant upon membership in particular bands who have established particular rights in specific localities. In this context, a licence may be the least intrusive way of establishing the existence of the aboriginal right for the aboriginal person as well as preventing those who are not aboriginals from exercising aboriginal rights.

The situation presented in this case pertaining to s. 35 aboriginal rights is analogous to the mobility rights guaranteed under s. 6(1) of the *Charter*. That section guarantees the right of every citizen of Canada to enter, remain in and leave Canada. This right, by definition, is limited to citizens of Canada, and its enforcement requires some means of identifying Canadian citizens. Accordingly, a requirement that citizens present a passport to enter Canada would not be an infringement of their mobility rights since the passport serves to identify those who can exercise the rights of Canadian citizens.

This is not to say that there are not conditions of the licence which could constitute infringements of s. 35 rights. Even a simple licence could constitute an infringement if it could only be obtained with great difficulty or expense. The test for this assessment has been set out clearly in *Sparrow*, beginning at p. 1111:

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. If it does have such an effect, it represents a *prima facie* infringement of s. 35(1).

The questions which must be resolved in order to determine whether a *prima facie* infringement has occurred are set out at p. 1112:

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be

Il faut également se rappeler que, par définition, les droits ancestraux ne peuvent être exercés que par les peuples autochtones. En outre, la nature et la portée des droits ancestraux dépendent fréquemment de l'appartenance à une bande particulière ayant établi l'existence de certains droits dans une localité donnée. Dans ce contexte, un permis peut constituer le moyen le moins attentatoire d'établir l'existence du droit ancestral en faveur des autochtones et d'empêcher les non-autochtones d'exercer des droits ancestraux.

La situation qui se présente en l'espèce relativement aux droits ancestraux protégés par l'art. 35 est analogue à la liberté de circulation garantie au par. 6(1) de la *Charte*. Ce paragraphe garantit à tout citoyen canadien le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. Par définition, ce droit est limité aux citoyens canadiens et, pour en assurer le respect, il est nécessaire d'appliquer certains moyens permettant d'identifier les citoyens canadiens. Par conséquent, exiger des citoyens qu'ils présentent leur passeport pour entrer au Canada ne serait pas une atteinte à leur liberté de circulation, puisque le passeport sert à identifier ceux qui peuvent exercer les droits appartenant aux citoyens canadiens.

Cela ne revient pas à dire que l'une ou l'autre des conditions prévues par le permis ne pourrait pas constituer une atteinte aux droits garantis par l'art. 35. Même un simple permis pourrait constituer une atteinte, s'il n'est possible de l'obtenir qu'à grands frais ou avec beaucoup de difficultés. Le critère applicable pour apprécier l'existence d'une telle atteinte a été énoncé clairement dans l'arrêt *Sparrow*, à partir de la p. 1111:

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1).

Les questions qu'il faut trancher pour déterminer s'il y a atteinte à première vue sont formulées à la p. 1112:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement,

95

96

97

98

asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

99 Applying these tests to the facts of this case reveals that the licence itself, as distinct from its conditions, does not constitute an infringement of s. 35(1). The simple requirement of a licence is not in itself unreasonable; rather, it is necessary for the exercise of the right itself. Accordingly the first question, is licensing unreasonable, must be answered in the negative.

100 The second question is whether the regulation imposes an undue hardship. The term "undue hardship" implies that a situation exists which imposes something more than mere inconvenience. It follows that a licence which is freely and readily available cannot be considered an undue hardship. The situation might be different if, for example, the licence could only be obtained at locations many kilometres away from the reserve and accessible only at great inconvenience or expense.

101 The final question is whether the right holder is denied the preferred means of exercising the right. The licence by itself, without its conditions, cannot affect the preferred means of exercising the right since at its most basic it is nothing more than a form of identification. Requiring identification so as to assist fisheries officers in distinguishing rights holders from non-rights-holders cannot be an interference with the preferred means of exercising the right. It follows that the licence itself, without considering its conditions, cannot be said to constitute an infringement of the aboriginal right to fish. Thus the mere requirement of a licence in the circumstances of this case does not amount to an infringement of the appellant's s. 35 rights.

la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.

L'application de ces critères aux faits de l'espèce révèle que le permis lui-même, par opposition aux conditions dont il est assorti, ne constitue pas une atteinte au par. 35(1). La simple obligation d'être titulaire d'un permis n'est pas en soi déraisonnable, mais au contraire nécessaire à l'exercice du droit lui-même. En conséquence, il faut répondre par la négative à la première question, soit celle de savoir si la délivrance de permis est une mesure déraisonnable.

La seconde question consiste à déterminer si le règlement est indûment rigoureux. Pour qu'une situation soit «indûment rigoureuse», elle doit causer plus qu'un simple inconvénient. Il s'ensuit qu'un permis gratuit et facile à obtenir ne peut être considéré comme étant une mesure indûment rigoureuse. La situation pourrait être différente si, par exemple, il n'était possible de se procurer le permis que dans des endroits situés à de nombreux kilomètres de la réserve et accessibles uniquement à grands frais ou au prix de sérieux inconvénients.

La dernière question est de savoir si le règlement prive le titulaire du droit en cause de la possibilité de recourir à ses moyens préférés pour l'exercer. Le permis lui-même, indépendamment de ses conditions, ne peut gêner l'exercice du droit par les moyens préférés puisque, essentiellement, il n'est rien d'autre qu'un moyen d'identification. Le fait d'obliger les pêcheurs à s'identifier, de façon à permettre aux agents des pêches de distinguer ceux qui sont titulaires du droit de ceux qui ne le sont pas, ne peut constituer une entrave à l'exercice de ce droit par les moyens préférés. Il s'ensuit qu'il est impossible d'affirmer que, indépendamment de ses conditions, le permis lui-même constitue une atteinte au droit ancestral de pêcher. Ainsi, dans les circonstances de l'espèce, le simple fait d'exiger un permis ne constitue pas une atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 35.

Indeed as a general rule it can be said that the simple requirement of a licence will seldom constitute a *prima facie* infringement of the s. 35 aboriginal right to fish. If the salmon fishery is to survive, there must be some control exercised by a central authority. It is the federal government which will be required to manage the fishery and see to the improvement and the increase of the stock of that fishery. It is for the federal government to ensure that all users who are entitled to partake of the salmon harvest have the opportunity to obtain an allotment pursuant to the scheme of priorities set out in *Sparrow*. Any system of control must commence with a licensing scheme. It is through the issuing of licences to the various type of users that the department will be able to know at least the numbers of fishers and the categories of those that are fishing. This will provide the first rough basis from which the department can make the estimates necessary to manage the fishery resource. The licence is the essential first step in the preservation and management of this fragile resource. This need to manage the stock goes far further than simply preventing the elimination of the salmon. Management imports a duty to maintain and increase reasonably the resource. The licence assists this duty by providing a means of identification that helps to ensure that only those permitted to do so are fishing in the authorized areas. It serves as a means of control by eliminating those that do not have a licence from fishing.

The Specific Terms of this Licence

Although licensing by itself will not as a rule constitute a *prima facie* infringement of the aboriginal right to fish, the government will be required to justify those conditions of a licence which on their face infringe the s. 35 right to fish. The 1986 licence at issue in this case contains several conditions. Some of these printed on the licence itself are mandatory. Others are completed

De fait, il est possible d'affirmer que, en règle générale, le seul fait d'exiger l'obtention d'un permis constituera rarement une atteinte à première vue au droit ancestral de pêche garanti par l'art. 35. Pour que la pêche au saumon survive, il faut qu'une autorité centrale exerce une certaine forme de surveillance. C'est au gouvernement fédéral qu'il incombera de gérer la pêcherie et de voir à l'amélioration et à l'augmentation des stocks de poisson dans celle-ci. Il appartient au gouvernement fédéral de faire en sorte que tous les utilisateurs ayant droit à une part de la récolte de saumon aient la possibilité de l'obtenir, conformément à l'ordre de priorité établi dans l'arrêt *Sparrow*. Tout mécanisme de surveillance s'appuie normalement sur un régime de délivrance de permis. La délivrance de permis aux différentes catégories d'utilisateurs permet au ministère de savoir à tout le moins combien il y a de pêcheurs dans ces catégories. Par ce moyen, le ministère recueille les données de base à partir desquelles il peut faire les estimations nécessaires à la gestion des ressources de la pêcherie. Le permis est la première étape essentielle en vue de la conservation et de la gestion de cette ressource fragile. La nécessité de gérer les stocks exige beaucoup plus que le simple fait d'empêcher la disparition du saumon. En effet, la gestion emporte l'obligation de maintenir les stocks de cette ressource et de les accroître raisonnablement. Le permis aide à s'acquitter de cette obligation en offrant un moyen d'identification qui permet de veiller à ce que seules les personnes autorisées à le faire pêchent dans les endroits prévus. Il sert de mécanisme de surveillance en empêchant celles qui ne sont pas titulaires d'un permis de pêche de pratiquer cette activité.

Les conditions particulières du permis en question

Bien que, en règle générale, la délivrance de permis ne constitue pas en soi une atteinte à première vue au droit ancestral de pêcher, le gouvernement est tenu de justifier les conditions prévues par un permis qui, à la simple lecture de leur texte, portent atteinte au droit de pêche garanti par l'art. 35. Le permis de 1986, en litige dans le présent cas, comporte plusieurs conditions. Certaines des

by the issuing fishery officer and are discretionary. Of the mandatory conditions printed on the face of the licence, some are clearly *prima facie* infringements of the aboriginal right of the appellant as properly found by the courts below. The infringing conditions are:

- (i) the restriction of fishing to fishing for food only;
- (ii) notes 4 and 5 of the licence, which provide:

- 4. Fishing Time Subject to Change by Public Notice.
- 5. Indian Food Fishing before July 1st and after September 30th must be licenced by the Provincial Fish & Wildlife Conservation Officer.

- (iii) the restriction to fishing for the fisher and his family only;
- (iv) the restriction to fishing for salmon only.

104 These conditions are *prima facie* infringements of the appellant's aboriginal rights, which were specifically and correctly found to include:

- (i) the right to determine who within the band will be the recipients of the fish for ultimate consumption;
- (ii) the right to select the purpose for which the fish will be used, i.e. food, ceremonial, or religious purposes;
- (iii) the right to fish for steelhead;
- (iv) the right to choose the period of time to fish in the river.

Since those conditions of the licence set out above clearly impinge upon these aspects of the appel-

conditions figurant sur le permis ont un caractère obligatoire, alors que d'autres, qui y sont ajoutées par l'agent des pêches qui délivre le permis, ont un caractère discrétionnaire. Parmi les conditions obligatoires figurant sur le permis certaines sont clairement des atteintes à première vue au droit ancestral de l'appellant, comme l'ont à juste titre conclu les juridictions inférieures. Les conditions attentatoires sont les suivantes:

- (i) la pêche ne peut être pratiquée qu'à des fins alimentaires;
- (ii) les remarques 4 et 5 figurant sur le permis, qui sont rédigées ainsi:

[TRADUCTION]

- 4. La période de pêche peut être modifiée par avis public.
- 5. Les Indiens qui pratiquent la pêche à des fins alimentaires entre le 30 septembre et le 1^{er} juillet doivent détenir un permis délivré par l'agent provincial de conservation de la faune et du poisson.

- (iii) le pêcheur ne peut pratiquer la pêche que pour lui-même et sa famille;
- (iv) seule la pêche au saumon peut être pratiquée.

Ces conditions constituent à première vue des atteintes aux droits ancestraux de l'appellant, qui ont à juste titre été spécifiquement définis comme incluant les aspects suivants:

- (i) le droit de désigner les membres de la bande qui recevront le poisson pour le consommer en bout de ligne;
- (ii) le droit de décider à quelles fins sera utilisé le poisson, savoir à des fins alimentaires, rituelles ou religieuses;
- (iii) le droit de pêcher la truite arc-en-ciel;
- (iv) le droit de décider à quel moment pêcher dans la rivière.

Comme les conditions du permis décrites précédemment empiètent clairement sur ces aspects des

lant's s. 35 rights, they must constitute *prima facie* infringements.

In addition, there are other terms of the licence which could be infringements if they contradicted the appellant's aboriginal rights. These terms provide for:

- (i) the prescribed waters in which fishing can take place;
- (ii) the type of gear which can be used;
- (iii) the fishing times and days.

With respect to these conditions, whether they will constitute an infringement depends on whether the particular conditions written in by the fishery officer contradict the appellant's s. 35 rights. I would note that Millward J. did find that the appellant's aboriginal rights include the right to determine when fishing will occur and the method and manner of fishing. Accordingly, these conditions may, depending on their terms, infringe the appellant's aboriginal rights.

There was little or no argument directed to the other conditions attached to the licence. Accordingly, I have not reached any conclusions nor made any comments concerning them.

Before turning to the issue of justification, I must address the respondent's argument that these conditions are valid since they were not enforced. I cannot accept this argument. It has long been recognized that the holder of a constitutional right need not rely upon the exercise of prosecutorial discretion and restraint for the protection of the right. That submission cannot therefore be accepted. See for example *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 103-4. Indeed, counsel for the respondent conceded that there might be some problems with the conditions that were attached to the 1986 licence and reserved his strongest submissions for the position that the requirement of a

droits garantis à l'appelant par l'art. 35, elles doivent constituer à première vue des atteintes à ces droits.

En outre, le permis est assorti d'autres conditions qui pourraient être attentatoires si elles entraient en conflit avec les droits ancestraux de l'appelant. Ces conditions portent sur les aspects suivants:

- (i) la désignation des eaux où la pêche peut être pratiquée;
- (ii) le type d'engins de pêche pouvant être utilisés;
- (iii) les jours et les heures de pêche.

En ce qui concerne ces conditions, la question de savoir si elles constitueront une atteinte dépend de celle de savoir si les conditions particulières inscrites par l'agent des pêches entrent en conflit avec les droits garantis à l'appelant par l'art. 35. Je tiens à souligner que le juge Millward a bel et bien conclu que les droits ancestraux de l'appelant incluent celui de choisir à quel moment la pêche sera pratiquée, ainsi que la façon de le faire et les méthodes qui seront utilisées. Par conséquent, ces conditions peuvent, selon leur libellé, porter atteinte aux droits ancestraux de l'appelant.

Très peu d'arguments, voire aucun, ont été présentés relativement aux autres conditions assortissant le permis. En conséquence, je n'ai formulé ni observation ni conclusion à leur égard.

Avant d'aborder la question de la justification, je dois examiner l'argument de l'intimée que ces conditions sont valides puisqu'elles n'ont pas été appliquées. Je ne peux accepter cet argument. Il est depuis longtemps reconnu que le titulaire d'un droit constitutionnel n'a pas, pour jouir de la protection de ce droit, à compter que le ministère public fera montre de retenue dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Cet argument ne peut donc être retenu. Voir, par exemple, *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, aux pp. 103 et 104. De fait, l'avocat de l'intimée a concédé qu'il était possible que les conditions dont était assorti le permis de 1986 soulèvent certains

105

106

107

108

licence in itself did not constitute a *prima facie* infringement of the s. 35 aboriginal right to fish. In that submission he was correct.

Justification

109

In *Sparrow, supra*, it was held, at p. 1113, that in considering whether an infringement of aboriginal or treaty rights could be justified, the following questions should be addressed sequentially:

First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized.

At p. 1114, the next step was set out in this way:

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin, supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

Finally, at p. 1119, it was noted that further questions might also arise depending on the circumstances of the inquiry:

These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justifica-

problèmes, et il s'est surtout attaché à plaider que l'obligation de détenir un permis ne constitue pas en soi une atteinte à première vue au droit ancestral de pêche garanti par l'art. 35. Sur ce point, il avait raison.

Justification

Dans *Sparrow*, précité, à la p. 1113, il a été jugé que, pour déterminer s'il est possible de justifier une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités, il faut se poser les questions suivantes, dans l'ordre indiqué:

En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause.

À la page 1114, l'étape suivante a été décrite ainsi:

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Enfin, à la p. 1119, on a signalé que d'autres questions peuvent également se soulever, selon les circonstances de l'enquête:

Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appré-

tion. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians.

It can, I think, properly be inferred that the concept of reasonableness forms an integral part of the *Sparrow* test for justification. For example, in these last questions reasonableness will be a necessary aspect of the inquiry as to justification. For instance, when considering whether there has been as little infringement as possible, the infringement must be looked at in the context of the situation presented. So long as the infringement was one which in the context of the circumstances presented could reasonably be considered to be as minimal as possible then it will meet the test. The mere fact that there could possibly be other solutions that might be considered to be a lesser infringement should not, in itself, be the basis for automatically finding that there cannot be a justification for the infringement. So too in the aspects of information and consultation the concept of reasonableness must come into play. For example, the need for the dissemination of information and a request for consultations cannot simply be denied. So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice to meet the justification requirement. This is no more than recognizing that regulations pertaining to conservation may have to be enacted expeditiously if a crisis is to be avoided. On occasion, strict and expeditious conservation measures will have to be taken if potentially catastrophic situations are to be avoided. The nature of the situation will have to be taken into account in assessing the conservation measures taken. The greater the urgency and the graver the situation the more reasonable strict measures may appear.

In the case at bar, the government did not adduce any evidence which might justify the conditions of the licence and accordingly has not met the onus which rests upon it. It follows that the government has failed to justify those conditions

de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent.

À mon avis, on peut à juste titre inférer que le concept du caractère raisonnable fait partie intégrante du critère de justification établi dans l'arrêt *Sparrow*. Ainsi, dans ces dernières questions, le caractère raisonnable sera un aspect nécessaire de l'analyse de la justification. Par exemple, pour décider si on a porté atteinte le moins possible aux droits en cause, il faut examiner l'atteinte dans le contexte de la situation qui se présente. Dans la mesure où, compte tenu de ces circonstances, il est raisonnablement possible de considérer qu'on a porté atteinte le moins possible aux droits en cause, alors cette atteinte respecte le critère. Le simple fait qu'il pourrait y avoir d'autres solutions susceptibles d'être jugées moins attentatoires ne devrait pas en soi être une raison de conclure automatiquement que l'atteinte ne peut être justifiée. Le concept du caractère raisonnable doit également entrer en jeu pour ce qui est des aspects qui concernent l'information et la consultation. Par exemple, on ne peut se contenter de faire abstraction de la nécessité de diffuser des renseignements ni de l'existence d'une demande de consultation. Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. On ne fait là tout au plus que reconnaître la possibilité que des règlements en matière de conservation doivent être pris rapidement afin d'éviter une crise. En effet, des mesures de conservation strictes devront à l'occasion être prises de manière expéditive pour éviter des situations potentiellement catastrophiques. Il faudra tenir compte de la nature de la situation dans l'appréciation des mesures de conservation ainsi prises. Plus la situation sera grave et urgente, plus des mesures strictes paraîtront raisonnables.

En l'espèce, comme le gouvernement n'a présenté aucune preuve susceptible de justifier les conditions fixées par le permis, il ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombe. Il n'a donc pas justifié les conditions que j'ai mentionnées et

that I have referred to which infringe the appellant's aboriginal rights.

qui portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant.

112 What then is the appropriate disposition of this appeal? It is clear that the federal government may validly require aboriginal people to obtain a fishery licence pursuant to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. It is also apparent that at least four of the mandatory conditions of the licence infringe the s. 35(1) rights of the appellant. The conditions make the 1986 licence invalid. They are an integral and essential part of the licence. They stipulate the conditions or terms upon which the licence is issued and the holder may use it. A licence holder is required to abide by the conditions. The licence is issued on that basis. The conditions are unconstitutional. As a result of the conditions the licence is invalid. It follows that there cannot be an offence created of fishing without a licence in 1986. The licence as issued in 1986 pursuant to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is as invalid as any other act or regulation which is found to be unconstitutional or *ultra vires*. It has always been held that an invalid act or regulation cannot create an offence. See for example *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, and *R. v. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302 (C.A.). This dictates the result that there must be an acquittal.

En conséquence, quel doit être le dispositif du présent pourvoi? Il est évident que le gouvernement fédéral peut valablement obliger les autochtones à se procurer un permis de pêche conformément au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Il est également évident qu'au moins quatre des conditions obligatoires figurant sur le permis portent atteinte aux droits garantis à l'appelant par le par. 35(1). Ces conditions rendent le permis de 1986 invalide. Elles sont une partie intégrante et essentielle de celui-ci. Elles précisent les modalités de délivrance du permis et de son utilisation par le titulaire, qui doit se conformer à ces conditions. Le permis est délivré sur ce fondement. Les conditions en question sont inconstitutionnelles. En raison de ces conditions, le permis est invalide. Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir eu création de l'infraction d'avoir pêché sans permis en 1986. Le permis délivré en 1986, conformément au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, est invalide au même titre que le serait toute autre mesure législative ou réglementaire jugée inconstitutionnelle ou *ultra vires*. Il a constamment été jugé qu'une mesure législative ou réglementaire invalide ne peut créer d'infraction. Voir, par exemple, *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, et *R. c. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302 (C.A.). Cette conclusion commande un acquittement.

113 The licence and its integral conditions are so inextricably bound together that they cannot be considered separately. They are part of an indivisible whole. If I am correct in this conclusion it is not necessary to consider whether the conditions are in fact severable. If I am in error, however, on this I would hold that the conditions were not severable. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* provides that:

Le permis et les conditions qui en font partie intégrante sont si inextricablement liés qu'ils ne peuvent être examinés séparément. Ils forment un tout indivisible. Si ma conclusion sur ce point est juste, il n'est alors pas nécessaire de décider si les conditions sont, en fait, dissociables. En revanche, si j'ai tort, je suis d'avis que les conditions n'étaient pas dissociables. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit:

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.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 697. Lamer C.J. interpreted the section as meaning:

Where the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized. However, there are some cases in which to sever the offending portion would actually be more intrusive to the legislative purpose than the alternate course of striking down provisions which are not themselves offensive but which are closely connected with those that are. This concern is reflected in the classic statement of the test for severance in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, at p. 518:

The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires at all.

In my view, when the purpose of this particular licence is considered together with the number of mandatory conditions which infringe the appellant's aboriginal rights, severability can be seen to be an unacceptable option. The invalid conditions are numerous. They are mandatory and form an integral part of the licence itself. The licence required that the conditions be met, which is to say that the holder of the licence was required to comply with its conditions. I cannot see that this licence can be severed from its invalid mandatory conditions. Further, from a practical point of view it is significant that the licences at issue were created and used before the government had the benefit of this Court's judgment in *Sparrow*. Crown counsel advised that as a result these particular licences are no longer in use. Accordingly, a declaration that the entire licence is invalid is appropriate both legally and practically.

There can be no question that an enactment that breaches the Constitution is invalid and cannot impose any enforceable duties. See for example *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886), at

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 697, le juge en chef Lamer a interprété ainsi cette disposition:

Si la partie irrégulière d'une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie. On peut ainsi réaliser autant que possible l'objectif législatif. Toutefois, dans certains cas, la dissociation de la partie fautive sera plus attentatoire à l'objectif législatif que l'annulation possible des dispositions qui ne sont pas fautives, mais qui sont étroitement liées à celles qui le sont. Cette préoccupation se reflète dans l'énoncé classique du critère applicable en cas de dissociation mentionné dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, à la p. 518:

[TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment, ou comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est ultra vires.

À mon avis, si on examine l'objet du permis en cause en corrélation avec les différentes conditions obligatoires y figurant qui portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, la dissociation peut être considérée comme une solution inacceptable. Les conditions invalides sont nombreuses. Elles sont obligatoires et font partie intégrante du permis lui-même. Le permis exigeait que ces conditions soient respectées, ce qui revient à dire que son titulaire devait s'y conformer. Je ne vois pas comment ce permis pourrait être dissocié de ses conditions obligatoires invalides. En outre, d'un point de vue pratique, il importe de signaler que les permis en cause ont été créés et utilisés avant que le gouvernement ait pu profiter de l'arrêt de notre Cour dans *Sparrow*. L'avocat du ministère public a indiqué que, par suite de cet arrêt, ce genre de permis n'est plus utilisé. En conséquence, il convient, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique, de déclarer le permis au complet invalide.

Il ne saurait faire de doute qu'un texte de loi portant atteinte à la Constitution est invalide et ne peut imposer d'obligations exécutoires. Voir, par exemple, *Norton c. Shelby County*, 118 U.S. 425

114

115

116

p. 442; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1195.

(1886), à la p. 442; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, à la p. 1195.

117 Accordingly, the appellant must be acquitted of the charge of fishing without a licence contrary to s. 4(1) since the licence conditions infringed his aboriginal rights and the licence was therefore unconstitutional.

En conséquence, l'appelant doit être acquitté de l'accusation d'avoir pêché sans permis, en contravention du par. 4(1), étant donné que les conditions du permis portaient atteinte à ses droits ancestraux, et que le permis était par conséquent inconstitutionnel.

Disposition

Dispositif

118 In the result, the appeal is allowed. The question as to whether the band's fishing by-law applies to the Bulkley River at Moricetown must be answered in the negative. The question as to whether the licence requirement under s. 4(1) is an infringement of the appellant's aboriginal rights contrary to s. 35 must also be answered in the negative. As a result of my answer to these two questions, and for the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

En conséquence, le pourvoi est accueilli. Il faut répondre non à la question de savoir si le règlement administratif de pêche de la bande s'applique à la rivière Bulkley, à la hauteur de Moricetown. Il faut également répondre non à la question de savoir si l'obligation de détenir un permis qui est prévue au par. 4(1) constitue une atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, incompatible avec l'art. 35. Étant donné ma réponse à ces questions, et pour les motifs prononcés précédemment, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question: Is s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in July of 1986, and licences issued thereunder, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Question: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en juillet 1986, et les permis délivrés en vertu de ce paragraphe sont-ils, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il invoque?

Answer: Section 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is not invalid by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant. However, the mandatory conditions affixed to the 1986 licence infringe the appellant's aboriginal rights and are not severable and the licence is therefore invalid.

Réponse: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* n'est pas invalide par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelant. Toutefois, les conditions obligatoires figurant sur le permis de 1986 portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant et ne sont pas dissociables, de sorte que le permis est invalide.

The order of the Court of Appeal of British Columbia convicting the appellant must be set aside and his acquittal restored. There will be no costs to either party.

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

MCLACHLIN J. (dissenting) — The issue in this case is whether the requirement that the appellant have a licence for fishing was *per se* unconstitutional. I agree with the majority of the Court of Appeal and with Justice Cory in this Court that the requirement of a licence did not constitute a *prima facie* infringement of the appellant's constitutionally protected right to fish for food.

This leaves the issue of whether the conditions attached to the licence are unconstitutional. In my view, this issue is not properly before us. The appellant was not charged with violation of the conditions of the licence, but with fishing without a licence. The trial proceeded on the basis that it was the licensing scheme as a whole which was invalid. The issue, as Hutcheon J.A. stated expressly in the Court of Appeal, was whether the act of licensing *per se* was unconstitutional, not the terms of the particular licence at issue.

This court, *per* Cory J., today endorses the view of the trial judge and the majority of the Court of Appeal below that the state is entitled to impose a licensing scheme on the aboriginal fishing and consequently require that the appellant obtain a licence as a condition of fishing. However, the majority goes on to conclude that because four of the conditions attached to the licence infringe his aboriginal rights, the requirement for the particular licence in this case is unconstitutional and that the appellant's conviction for failure to have a licence must be set aside.

I do not share this conclusion. The fact that four of the conditions are invalid does not excuse the

L'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclarant l'appellant coupable doit être annulée, et l'acquittal de ce dernier doit être rétabli. Aucune des parties n'aura droit aux dépens.

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

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — La question en l'espèce est de savoir si l'obligation faite à l'appelant d'obtenir un permis de pêche était en soi inconstitutionnelle. Je suis d'accord avec les juges de la majorité de la Cour d'appel de même qu'avec le juge Cory de notre Cour que cette obligation ne constitue pas à première vue une atteinte au droit de pêcher pour se nourrir qui est garanti à l'appelant par la Constitution.

Il reste à se demander si les conditions dont est assorti le permis sont inconstitutionnelles. À mon avis, nous n'avons pas été saisis de cette question. L'appelant n'a pas été accusé d'avoir enfreint les conditions prévues par le permis, mais plutôt d'avoir pêché sans permis. Au procès, la thèse examinée était que le régime de délivrance de permis dans son ensemble était invalide. La question en litige, ainsi que l'a dit expressément le juge Hutcheon en Cour d'appel, était de savoir si le fait de délivrer des permis, et non les conditions assortissant ces permis, était en soi inconstitutionnel.

Notre Cour, sous la plume du juge Cory, souscrit aujourd'hui à l'opinion du juge de première instance et des juges de la majorité de la Cour d'appel que l'État a le droit d'assujettir à un régime de délivrance de permis les activités de pêche autochtones et, par conséquent, d'exiger de l'appelant qu'il obtienne un permis de pêche. Cependant, la majorité poursuit en concluant que, comme quatre des conditions dont est assorti le permis portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, l'obligation d'obtenir le permis visé en l'espèce est inconstitutionnelle et la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant pour avoir pêché sans permis doit être annulée.

Je ne partage pas cette conclusion. Le fait que quatre des conditions prévues soient invalides

119

120

121

122

123

appellant on a charge of fishing without a licence. If the charge had been violation of one of the conditions of the licence, proof that the condition was unconstitutional would have afforded a defence to that charge. But the unconstitutionality of a condition of a licence does not, in my view, absolve the appellant from the need to obtain a licence at all.

124 Cory J. asserts that the invalidity of licence conditions excuses a person from obtaining the licence required by law, provided the condition is “integral” to the licence. I cannot accept this proposition. Can a chemical plant be excused from obtaining a licence to emit a polluting chemical merely because it can show that one or more of the conditions imposed by the licence are invalid? Can a person over a certain age be excused from obtaining a licence to drive a motor vehicle merely because he or she deems an age-related restriction to violate the provincial Human Rights Code? I think not. And if we say that the conditions are “integral” to the licence, does the situation change? Again I think not.

125 It is important, in my view, to distinguish between the charge of failing to obtain a licence required by a valid licensing scheme, and breach of one of the conditions of the licence. This appeal presents us with a quasi-criminal offence. The appellant has been charged with failing to obtain a licence required by law. His defence is that the state has no right to require him to obtain a licence. The trial judge, the majority of the Court of Appeal, and this Court unanimously have ruled that the state does have the right to require him to obtain a licence. That issue having been resolved against him, the appellant stands properly convicted of fishing without the required licence.

126 The situation would have been different had the appellant been charged with violating one of the

n’excuse pas l’appellant relativement à l’accusation d’avoir pêché sans permis. S’il avait été accusé d’avoir enfreint une des conditions du permis, la preuve que la condition en question était inconstitutionnelle aurait constitué un moyen de défense contre cette accusation. Cependant, je suis d’avis que l’inconstitutionnalité d’une condition du permis ne dispense aucunement l’appellant de l’obligation d’obtenir un permis.

Le juge Cory affirme que l’invalidité des conditions prévues par un permis dispense une personne de l’obligation d’obtenir le permis requis par la loi, si ces conditions font «partie intégrante» du permis. Je ne peux accepter cette proposition. Peut-on exempter une entreprise fabriquant des produits chimiques de l’obligation d’obtenir un permis autorisant l’émission d’un polluant chimique simplement parce qu’elle est en mesure d’établir qu’une ou plusieurs des conditions fixées par le permis sont invalides? Peut-on, passé un certain âge, dispenser une personne d’obtenir un permis de conduire simplement parce qu’elle estime que la restriction fondée sur l’âge porte atteinte au code des droits de la personne de la province? Je ne le crois pas. Par ailleurs, le fait de dire que les conditions en cause font «partie intégrante» du permis change-t-il la situation? Encore une fois, je ne le crois pas.

Il est, à mon sens, important de distinguer entre l’accusation de ne pas détenir le permis requis par un régime valide de délivrance de telles autorisations et celle d’avoir enfreint une des conditions du permis. En l’espèce, nous sommes en présence d’une infraction quasi criminelle. L’appellant a été accusé de ne pas s’être procuré le permis requis par la loi. En défense, il fait valoir que l’État n’a pas le droit de l’obliger à se procurer un permis. Le juge de première instance, la Cour d’appel à la majorité et notre Cour à l’unanimité ont statué que l’État a bel et bien le droit de l’obliger à obtenir un permis. Cette question ayant été tranchée à l’encontre de l’appellant, c’est à juste titre qu’il a été déclaré coupable d’avoir pêché sans le permis requis.

La situation aurait été différente si l’appellant avait été accusé d’avoir enfreint une des conditions

conditions of the licence. It would then have been open to him to raise the defence that the condition he is alleged to have breached is unconstitutional. The constitutionality of the condition would have become the focus of the trial and of the appeals. In the event the condition was found to have been unconstitutional, it would fall. Severance would be automatic. The issue raised in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, of whether to strike out a portion or the whole of the licence would not arise. The licence would stand, together with such conditions as remain valid. The right of the state to require a licence for monitoring purposes would remain constitutional.

The position advocated by Cory J. has important practical consequences. Having ruled that the state is entitled to require persons engaged in fishing to obtain licences for the purpose of monitoring the fishery, he would deprive the state of the right to do so where conditions attached to the licence, not put in issue on the facts, fail to pass abstract constitutional scrutiny. Persons who object to conditions of a licence will be encouraged not to apply for a licence, thus undermining the monitoring function of the licensing scheme. The validity of state requirements for licences of all sorts may be called into question. These results are avoided if one confines the decision to the allegation contained in the charge — the failure to obtain a licence.

Jurisprudential considerations also support this approach. Courts determining guilt or innocence of an accused should confine themselves to the issues raised by the charge. The validity of conditions of a licence are better considered in the context of facts which raise them than in the abstract. Similarly, appeal courts reviewing trial decisions are generally well advised to confine themselves to the defences and issues raised in the decisions under review. In the case at bar, the only issue at trial and before the Court of Appeal was the right of the state to require the appellant to obtain a

du permis. Il aurait alors pu plaider, en défense, que la condition qu'on l'accusait d'avoir enfreint était inconstitutionnelle. La constitutionnalité de la condition serait alors devenue l'aspect central du procès et des appels. Si la condition avait été jugée inconstitutionnelle, elle aurait été écartée. La dissociation serait automatique. Ne se poserait alors pas la question, énoncée dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, de savoir s'il y a lieu d'invalider l'ensemble ou une partie seulement du permis. Le permis subsisterait, de même que les autres conditions toujours valides. Le droit de l'État d'exiger, à des fins de surveillance, l'obtention d'un permis demeurerait constitutionnel.

La thèse préconisée par le juge Cory a des conséquences pratiques importantes. Après avoir statué que, dans le but de surveiller les pêcheries, l'État a le droit d'exiger des personnes qui pratiquent la pêche qu'elles obtiennent un permis, il priverait l'État du droit de le faire dans les cas où des conditions dont est assorti le permis, conditions qui suivant les faits ne sont pas en litige en l'espèce, ne résistent pas à une analyse constitutionnelle abstraite. Cela aurait pour effet d'encourager les personnes qui s'opposent aux conditions d'un permis à ne pas demander ce permis, sapant ainsi le rôle de surveillance du régime de délivrance de permis. La validité des différentes obligations faites par l'État relativement à l'obtention de permis de toutes sortes pourrait être mise en question. Ces conséquences sont évitées si la décision se limite à l'allégation figurant dans l'accusation — savoir l'omission d'obtenir un permis.

Des considérations d'ordre jurisprudentiel appuient également ce point de vue. Les tribunaux appelés à statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé devraient se limiter aux questions soulevées par l'accusation portée. Il est préférable d'examiner la validité des diverses conditions d'un permis dans le contexte de faits donnant lieu à leur application, plutôt que dans l'abstrait. De même, les cours d'appel chargées de contrôler les décisions des tribunaux de première instance sont généralement bien avisées de se confiner aux questions et moyens de défense qui sont soulevés dans

licence. Accordingly, I would prefer to confine this Court's decision to that issue.

129 In conclusion, the question before us, as before the courts below, is whether the obligation on the appellant to obtain a licence to fish, whatever its terms, is constitutional. The answer to that question is yes. The appellant freely admits that he did not have the licence that the law validly required. It follows that he was properly convicted of the charge. The issue of whether the conditions of the licence are valid should await a case where their validity arises.

130 The constitutional question stated by the Chief Justice was as follows:

Is s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in July of 1986, and licences issued thereunder, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

131 I would answer the question as follows:

Section 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and licences issued thereunder are not of no force and effect, with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant.

132 I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Hutchins, Soroka, Grant & Paterson, Hazelton.

ces décisions. En l'espèce, l'unique question en litige au procès et devant la Cour d'appel était le droit de l'État d'obliger l'appelant à obtenir un permis. En conséquence, je préférerais limiter la décision de notre Cour à cette question.

En conclusion, la question dont nous sommes saisis, à l'instar des juridictions inférieures, est de savoir si l'obligation faite à l'appelant d'obtenir un permis de pêche, quelles qu'en soient les conditions, est constitutionnelle. La réponse à cette question est oui. L'appelant admet volontiers qu'il n'avait pas le permis validement requis par la loi. Il a donc à juste titre été déclaré coupable de l'accusation portée contre lui. La question de savoir si les conditions du permis sont valides devrait être tranchée dans une affaire où elle se souleva.

Voici le texte de la question constitutionnelle formulée par le juge en chef:

Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en juillet 1986, et les permis délivrés en vertu de ce paragraphe sont-ils, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il invoque?

Je répondrais ainsi à cette question:

Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* et les permis délivrés en vertu de cette disposition ne sont pas, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelant.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs de l'appelant: Hutchins, Soroka, Grant & Paterson, Hazelton.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: Parlee, McLaws, Calgary.

Solicitors for the intervener the Alliance of Tribal Councils: Mandell, Pinder, Vancouver.

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian National Railway Company: Ladner Downs, Vancouver.

Solicitors for the interveners the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller, Pearlman, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Parlee, McLaws, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance of Tribal Councils: Mandell, Pinder, Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Ladner Downs, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la BC Fisheries Survival Coalition et la BC Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Denis Laporte *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAPORTE

File No.: 24551.

1996: April 26.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC.

Criminal law — Second degree murder — Court of Appeal quashing conviction and ordering new trial — Court of Appeal's judgment affirmed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] Q.J. No. 1011 (Q.L.), allowing the accused's appeal from a conviction of second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Michel F. Denis, for the appellant.

Clément Monterosso and *François Mathieu*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ SOPINKA J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed. We agree with the reasons of the Court of Appeal. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Michel F. Denis, Montréal.

Solicitor for the respondent: Clément Monterosso, Montréal.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Denis Laporte *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAPORTE

N° du greffe: 24551.

1996: 26 avril.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC.

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Verdict de culpabilité cassé par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] A.Q. n° 1011 (Q.L.), qui a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre d'un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Michel F. Denis, pour l'appelante.

Clément Monterosso et *François Mathieu*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté. Nous sommes en accord avec les motifs de la Cour d'appel. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Michel F. Denis, Montréal.

Procureur de l'intimé: Clément Monterosso, Montréal.

**Lorne McConnell and Peter
Letendre** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. McCONNELL

File No.: 24779.

1996: April 30.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin and
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Murder and manslaughter — Self-defence and defence of others — Verbal threat made to inmate — Apprehension of death or grievous bodily harm — Inmate enlisting help of another — Whether apprehension must be immediate — Whether trial judge failed to instruct jury on defence of another.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1, 169 A.R. 321, 97 W.A.C. 321, dismissing appeals from convictions by Sulatycky J. sitting with jury of Lorne McConnell of second degree murder and of Peter Letendre of manslaughter. Appeal allowed.

Charles R. Darwent, for the appellant Lorne McConnell.

A. Clayton Rice, for the appellant Peter Letendre.

Paul L. Moreau, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally
by

LA FOREST J. — In this appeal as of right, we are all of the view that the appeal should be allowed substantially for the reasons of the dissenting judge, Conrad J.A., in the Court of Appeal (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1.

**Lorne McConnell et Peter
Letendre** *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. McCONNELL

N° du greffe: 24779.

1996: 30 avril.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier,
McLachlin et Major.

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

Droit criminel — Meurtre et homicide involontaire coupable — Légitime défense et défense d'autrui — Menace verbale proférée contre un détenu — Crainte de mourir ou de subir des lésions corporelles graves — Détenu s'assurant l'aide d'autrui — La crainte doit-elle être immédiate? — Le juge du procès a-t-il omis de donner au jury des directives sur la défense d'autrui?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1, 169 A.R. 321, 97 W.A.C. 321, qui a rejeté les appels interjetés contre les déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré et d'homicide involontaire prononcées par le juge Sulatycky, siégeant avec jury, contre Lorne McConnell et Peter Letendre, respectivement. Pourvoi accueilli.

Charles R. Darwent, pour l'appellant Lorne McConnell.

A. Clayton Rice, pour l'appellant Peter Letendre.

Paul L. Moreau, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi de plein droit essentiellement pour les motifs exposés par le juge Conrad, dissidente en Cour d'appel (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1.

2

Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal of Alberta and the convictions are set aside, and a new trial is ordered.

*Solicitor for the appellant Lorne McConnell:
Charles R. Darwent, Calgary.*

*Solicitors for the appellant Peter Letendre:
Gainer & Rice, Calgary.*

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Calgary.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et les déclarations de culpabilité prononcées sont annulés, et un nouveau procès est ordonné.

*Procureur de l'appellant Lorne McConnell:
Charles R. Darwent, Calgary.*

*Procureurs de l'appellant Peter Letendre:
Gainer & Rice, Calgary.*

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Access to information — Clerk of Privy Council justified in denying access to information requested.

RUBIN V. CANADA (CLERK OF THE PRIVY COUNCIL), 6.

2. Human rights tribunal — Jurisdiction — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry making finding of discrimination against school board which employs teacher — School board ordered to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether Board's finding of discrimination and order beyond its jurisdiction — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, ss. 20(1), (6.2), 21(1).

ROSS V. NEW BRUNSWICK SCHOOL DISTRICT No. 15, 825.

APPEAL

Interlocutory judgment — Leave to appeal refused by a judge of the Court of Appeal — Questions of public importance and interest raised by judgment at first instance — Decision refusing leave to appeal reversed.

D. (J.L.) V. VALLÉE, 893.

BANKRUPTCY

1. Trustee in bankruptcy — Definition of employer — Trustee rehiring employees — Trustee's liability to employee pension plan — Trustee making contributions to pension plans as goodwill gesture — Trustee falling within definition of employer — Appeal conceded to be moot — Appeal not warranting favourable exercise of Court's discretion to hear appeal.

ST. MARYS PAPER INC. (RE), 3.

2. Settlement of funds — RRSP transferred in good faith to RRIF (insurance annuity) for benefit of third party — Settlements made up to five years prior to bankruptcy void against trustee in bankruptcy if interest of settlor in property did not pass on settlement — RRIFs normally exempt from claims of bankrupt's creditors — Bankruptcy declared within five years of transfer —

BANKRUPTCY—Concluded

Whether transfer to RRIF a settlement — If so, whether or not settlement void against trustee in bankruptcy — If so, whether or not funds in RRIF available to satisfy claims of creditors notwithstanding exempt status of RRIF — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67, 91 — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, ss. 2(kk), 158.

ROYAL BANK OF CANADA V. NORTH AMERICAN LIFE ASSURANCE CO., 325.

3. Priorities — General assignments of book debts — Income tax and GST legislation providing for garnishment enabling Minister of National Revenue to intercept monies owed to tax debtors — Whether provisions give Minister priority over creditors who have received general assignment of book debts from tax debtor.

ALBERTA (TREASURY BRANCHES) V. M.N.R.; TORONTO-DOMINION BANK V. M.N.R., 963.

CIVIL RIGHTS

1. Discrimination — Services to the public — Woman denied membership in fraternal order because she was female — Fraternal order collecting and preserving historical materials — Materials made available to public — Whether order "offering or providing services . . . to the public" — Whether membership in order is itself a service offered to public — Whether refusal of membership to women constitutes prohibited discrimination — Human Rights Act, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11, ss. 8(a), (c), 10(1).

GOULD V. YUKON ORDER OF PIONEERS, 571.

2. Discrimination — Services to the public — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Whether school board which employs teacher discriminating with respect to services it offers to public — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1).

ROSS V. NEW BRUNSWICK SCHOOL DISTRICT No. 15, 825.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Search and seizure — Admissibility of evidence seized — Police sniffing marijuana at house door — Arrests made, premises secured, and search warrant for premises then obtained and executed — Marijuana plants seized — Whether

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

or not “sniffing” for marijuana at house door a “search” under s. 8 of Charter — If so, whether or not that search “reasonable” — Whether or not search conducted pursuant to warrant violating s. 8 — Whether or not evidence obtained in violation of s. 8 must be excluded pursuant to s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. EVANS, 8.

2. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Bringing administration of justice into disrepute — Admissibility — Demand for breath sample not made in accordance with Criminal Code and infringing appellant’s Charter rights — Admission of evidence obtained as result of infringement not bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2).

R. v. DEWALD, 68.

3. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Expectation of privacy — Gambling devices seized by police in business establishment open to public — No infringement of accused’s right to be secure against unreasonable search or seizure.

R. v. FITT; R. v. KOUYAS, 70.

4. Charter of Rights — Exclusion of evidence — Jurisdiction — Parole — Parole Board revoking accused’s statutory release partly on basis of evidence gathered in manner that may have been unconstitutional — Whether Parole Board “court of competent jurisdiction” for purpose of excluding evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

MOORING v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD), 75.

5. Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — National Parole Board — Exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.

MOORING v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD), 75.

6. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence — Admissibility — Search of apartment of third party — Real evidence seized and admitted — Whether or not accused can challenge admission of evidence obtained as a result of a search of third party’s premises — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. EDWARDS, 128.

7. Courts — Jurisdiction — Provincial residential tenancies legislation amended to create new dispute resolution mechanism — Whether provisions violate s. 96 of Constitution Act, 1867 — Whether jurisdiction conferred on residential tenancies director

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

and residential tenancies board is “novel” — Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, c. 31.

REFERENCE RE AMENDMENTS TO THE RESIDENTIAL TENANCIES ACT (N.S.), 186.

8. Charter of Rights — Right to fair trial — Inciting hatred — Reverse onus — Accused not to be convicted if accused established truth of statements — Whether applicable provision infringes right to fair trial — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 319(3)(a).

R. v. KEEGSTRA, 458.

9. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Admission of evidence not bringing administration of justice into disrepute.

R. v. MARTIN, 463.

10. Charter of Rights — Fundamental justice — Surrender of fugitive to foreign state — Minister of Justice’s surrender decision not infringing fugitive’s rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

UNITED STATES OF AMERICA v. JAMIESON, 465.

11. Charter of Rights — Fundamental justice — Mobility rights — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive’s rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

UNITED STATES OF AMERICA v. WHITLEY, 467.

12. Charter of Rights — Fundamental justice — Mobility rights — Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive’s rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

UNITED STATES OF AMERICA v. ROSS, 469.

13. Charter of Rights — Fundamental justice — Abuse of process — Court of Appeal correct in not entering stay of proceedings on grounds of abuse of process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. BURKE, 474.

14. Charter of Rights — Exclusion of evidence — Trial judge excluding statement obtained from accused in violation of his right to counsel from Crown’s case in chief — Crown later seeking to have statement admitted to impeach accused’s testimony at trial — Whether change of circumstances justifies reconsideration of trial judge’s earlier ruling that admission of the evidence would bring

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. CALDER, 660.

15. Charter of Rights — Freedom of expression — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of expression — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

ROSS V. NEW BRUNSWICK SCHOOL DISTRICT NO. 15, 825.

16. Charter of Rights — Freedom of religion — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).

ROSS V. NEW BRUNSWICK SCHOOL DISTRICT NO. 15, 825.

17. Charter of rights — Search and seizure — Reasonable and probable grounds for search.

R. V. RICHARD, 896.

CORPORATIONS

Winding-up — Immovables in co-ownership — Indivision agreements concluded between undivided co-owners of immovables — Whether agreements valid and can be set up against liquidator — Whether clause providing for mandatory sale of defaulting undivided co-owner's share at 75 percent of market value can be set up against liquidator.

COOPÉRANTS, MUTUAL LIFE INSURANCE SOCIETY (LIQUIDATOR OF) V. DUBOIS, 900.

COURTS

Appellate court — Court of Appeal overturning trial judge's findings of fact with respect to apportionment of damages received by taxpayer for cancellation of employment contract — Whether Court of Appeal justified in interfering with trial judge's findings

COURTS—Concluded

of fact — Principles to be followed by first and second appellate courts.

SCHWARTZ V. CANADA, 254.

CRIMINAL LAW

1. Defences — Provocation — Whether provocation defence properly left with jury — Whether evidence met threshold test for leaving defence with jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 232.

R. V. THIBERT, 37.

2. Sentencing — Firearms — Mandatory prohibition order — Trial judge's imposition of ten-year firearms prohibition restored.

R. V. AUSTIN, 72.

3. Fresh evidence — New trial ordered.

R. V. GAGNON, 185.

4. Charge to jury — Misdirection as to consciousness of guilt — Court of appeal finding no substantial wrong and upholding verdict — Whether substantial wrong.

R. V. MARINARO, 462.

5. Sexual assault of minor — Charge denied — Little corroborative evidence — Credibility of witnesses — Power of appellate court to review and weigh evidence.

R. V. V.D.A. (A.F.), 471.

6. Sexual offences — Evidence — Accused convicted of sexual assault — Conviction set aside on appeal — Whether trial judge erred in excluding portions of defence evidence.

R. V. MAJID, 472.

7. Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — First complainant's testimony containing exaggerations and blatant falsehoods — Trial judge not accepting his allegations of sexual assault without corroboration — Trial judge finding corroboration in respect of one incident in testimony of second complainant describing similar incident — Second complainant's testimony containing frailties and inconsistencies — Strong possibility of collusion — Whether accused's convictions can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. V. BURKE, 474.

8. Verdict — Unreasonableness — Accused convicted of indecent assault — Alleged assaults bizarre in nature — Photographic identification of accused — Whether accused's conviction

CRIMINAL LAW—Continued

can be reasonably supported by evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. BURKE, 474.

9. Sentencing — Totality principle — Accused pleading guilty to numerous counts of sexual assault, incest and assault with a weapon — Offences arising from pattern of sexual, physical and emotional abuse inflicted upon his children over a number of years — Trial judge sentencing accused to cumulative sentence of 25 years' imprisonment — Court of Appeal reducing sentence to term of 18 years and 8 months — Whether Court of Appeal erred in concluding that fixed-term cumulative sentences should not exceed term of imprisonment of 20 years, absent special circumstances.

R. v. M. (C.A.), 500.

10. Sentencing — Retribution legitimate principle of sentencing.

R. v. M. (C.A.), 500.

11. Sentencing — Appeals — Standard of review appellate court should adopt in reviewing fitness of sentence.

R. v. M. (C.A.), 500.

12. Mens rea — Murder — Drunkenness — Specific intent — How juries should be instructed regarding evidence of intoxication — Whether drunkenness must be at a level to render accused incapable of forming requisite intent or whether drunkenness can be considered in overall deliberation as to whether accused had necessary intent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a)(i), (ii), 686(1)(b)(iii).

R. v. ROBINSON, 683.

13. Mens rea — Murder — Drunkenness — Trial judge finding accused persons had capacity to form intent notwithstanding their being drunk — Whether trial judge misdirecting himself on drunkenness — Whether evidence of intoxication should be considered in isolation from consideration of the overall issue of criminal intent — Whether trial judge misapprehended evidence concerning one accused so as to render his verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

R. v. MCMASTER, 740.

14. Mens rea — Murder — Drunkenness — Evidence that accused drunk when victim shot — Jury not instructed on separate defence of want of intent to kill because too intoxicated to appreciate probable consequences of act — Threshold necessary to permit jury to consider reduction to lesser included offence — Whether jury should have been instructed on drunkenness as separate defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

R. v. LEMKY, 757.

CRIMINAL LAW—Concluded

15. Extradition — Similar offences committed in Canada and U.S. — U.S. minimum sentence significantly more severe than Canadian sentence — Crown allegedly indicated prior to trial on indictment that extradition hearing would proceed if no guilty plea — Whether Crown's conduct so egregious that extradition should be stayed.

UNITED STATES OF AMERICA v. LEON, 888.

16. Second degree murder — Court of Appeal quashing conviction and ordering new trial — Court of Appeal's judgment affirmed.

R. v. LAPORTE, 1074.

17. Murder and manslaughter — Self-defence and defence of others — Verbal threat made to inmate — Apprehension of death or grievous bodily harm — Inmate enlisting help of another — Whether apprehension must be immediate — Whether trial judge failed to instruct jury on defence of another.

R. v. MCCONNELL, 1075.

EVIDENCE

Admissibility — Evidence obtained as result of technical Charter breach — Admitting evidence not bringing administration of justice into disrepute.

R. v. DEWALD, 68.

EXTRADITION

1. Surrender of fugitive to foreign state — Minister of Justice's surrender decision not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

UNITED STATES OF AMERICA v. JAMIESON, 465.

2. Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

UNITED STATES OF AMERICA v. WHITLEY, 467.

3. Surrender of fugitive to foreign state — Surrender not infringing fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

UNITED STATES OF AMERICA v. ROSS, 469.

INCOME TAX

Income from business or property — Deductions — Interest — Taxpayer claiming interest paid on loan used to purchase shares — Shares disposed of in rollover transaction — Deduction allowed only for amount of interest on cost of replacement shares — Whether full amount of interest deductible — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c)(i).

TENNANT V. M.N.R., 305.

INDIANS

1. Treaty rights — Hunting on privately owned land in tract ceded by treaty — Violations of Wildlife Act — Whether status Indians have right to hunt for food on privately owned land lying within tract ceded by treaty — Whether hunting rights extinguished or modified by Natural Resources Transfer Agreement — Whether licensing and game limitations apply to status Indians — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Treaty No. 8 (1899) — Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2), para. 12 — Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25 — Alta. Reg. 95/87, s. 7.

R. V. BADGER, 771.

2. Fishing — Management of fish “on the reserve” — Indian band members charged with contravening fishery regulations — Indian band by-law permitting fishing on Indian band waters at any time — Indian Act authorizing band council to make by-laws for management of fish “on the reserve” — Whether by-law affords defence to charges — Whether fishery adjacent to reserve included as part of reserve — Whether river bed or any part of river bed “on the reserve” — Presumption *ad medium filum aquae* — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81(1)(o) — Squamish Indian Band By-law No. 10.

R. V. LEWIS, 921.

3. Aboriginal rights — Fishing rights — Appellant charged with fishing without a licence — Whether licensing scheme infringing appellant’s aboriginal rights and therefore not applying to him — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 4(1).

R. V. NIKAL, 1013.

INSURANCE

Life insurance — Exclusion clause — Starting point of suicide exclusion period — Effect of backdating and increase in coverage on exclusion period — Civil Code of Lower Canada, arts. 2516, 2532.

CHABLIS TEXTILES INC. (TRUSTEE OF) V. LONDON LIFE INSURANCE CO., 160.

INTEREST

Meaning of term — Broker retained by mortgagors and paid for services — Broker’s fee not interest.

HELO ENTERPRISES LTD. V. STANDARD TRUST CO. (LIQUIDATORS OF), 183.

JUDICIAL REVIEW

1. Standard of review — Human rights tribunal.

GOULD V. YUKON ORDER OF PIONEERS, 571.

2. Standard of review — Human rights tribunal — Issues raised involving constitutional and administrative law components — Different standards of review applicable — Relationship between administrative law standard of review and constitutional standard of review under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

ROSS V. NEW BRUNSWICK SCHOOL DISTRICT NO. 15, 825.

LABOUR LAW

1. Tribunals — Judicial review — Jurisdiction — Remedy — Labour Board requiring employer to table last offer — Issues in dispute subject to limited bargaining period before imposition of binding arbitration — Whether Board’s decision going to jurisdiction and so requiring a correct decision — If decision within Board’s jurisdiction, whether remedy patently unreasonable — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 99(2).

ROYAL OAK MINES INC. V. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD), 369.

2. Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Employer refusing to consider re-instatement of employees discharged for picket-line violence — Whether employer failing to bargain in good faith — Whether Board’s finding of failure to bargain in good faith patently unreasonable.

ROYAL OAK MINES INC. V. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD), 369.

3. Collective agreements — Allegation of imposed agreement — Labour Board requiring employer to table last offer — Issues in dispute subject to limited bargaining period before imposition of binding arbitration — Whether Board had jurisdiction to make remedy ordered — If so, whether remedy patently unreasonable.

ROYAL OAK MINES INC. V. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD), 369.

MORTGAGES

Interest — Broker's fees — Broker retained by mortgagors and paid for services — Broker's fee not interest and not included in determination of rate of interest — Interest rate (calculated without fees) not criminal.

HELO ENTERPRISES LTD. V. STANDARD TRUST CO. (LIQUIDATORS OF), 183.

PREROGATIVE WRITS

Habeas corpus — Parole revoked — Detention — Application for writ of *habeas corpus* dismissed.

MARTIN V. BEAUDRY, 898.

PROPERTY

Immovables in co-ownership — Indivision agreements — Validity — Effect of winding-up on obligations under agreements.

COOPÉRANTS, MUTUAL LIFE INSURANCE SOCIETY (LIQUIDATOR OF) V. DUBOIS, 900.

TAXATION

1. Income tax — Pension income — Whether taxpayer's German pension benefits to be included in calculating tax liability

TAXATION—Concluded

under Part I.2 of the Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 180.2 — Canada-Germany Tax Agreement Act, 1982, S.C. 1980-81-82-83, c. 156.

SWANTJE V. CANADA, 73.

2. Income tax — Computation of income — Damages for cancellation of employment — Employment contract cancelled by employer before employee obliged to provide services — Whether damages received by employee taxable as income from unenumerated source or as retiring allowance — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 3(a), 56(1)(a)(ii).

SCHWARTZ V. CANADA, 254.

3. Income tax — Goods and Services Tax — Garnishment — Income tax and GST legislation providing for garnishment enabling Minister of National Revenue to intercept monies owed to tax debtors — Whether provisions give Minister priority over creditors who have received general assignment of book debts from tax debtor — Meaning of "secured creditor" — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 224(1.2), (1.3) — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 317(3), (4).

ALBERTA (TREASURY BRANCHES) V. M.N.R.; TORONTO-DOMINION BANK V. M.N.R., 963.

INDEX

APPEL

Jugement interlocutoire — Permission d'en appeler refusée par un juge de la Cour d'appel — Questions d'importance et d'intérêt public soulevées par le jugement de première instance — Décision refusant la permission d'en appeler infirmée.

D. (J.L.) C. VALLÉE, 893.

ASSURANCE

Assurance-vie — Clause d'exclusion — Point de départ du délai d'exclusion de garantie en cas de suicide — Effet de l'antidate et de l'augmentation de couverture sur ce délai d'exclusion — Code civil du Bas-Canada, art. 2516, 2532.

CHABLIS TEXTILES INC. (SYNDIC DE) C. LONDON LIFE INSURANCE CO., 160.

BIENS

Immeubles en copropriété — Conventions d'indivision — Validité — Effet d'une liquidation sur les obligations contenues dans ces conventions.

COOPÉRANTS (LES), SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE (LIQUIDATEUR DE) C. DUBOIS, 900.

BREFS DE PRÉROGATIVE

Habeas corpus — Libération conditionnelle révoquée — Détention — Requête pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* rejetée.

MARTIN C. BEAUDRY, 898.

COMPAGNIES

Liquidation — Immeubles en copropriété — Conventions d'indivision conclues entre propriétaires indivis d'immeubles — Ces conventions sont-elles valides et opposables au liquidateur? —

COMPAGNIES—Fin

La clause de vente obligatoire à 75 pour 100 de la valeur marchande de la part d'un copropriétaire indivis en défaut est-elle opposable au liquidateur?

COOPÉRANTS (LES), SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE (LIQUIDATEUR DE) C. DUBOIS, 900.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne.

GOULD C. YUKON ORDER OF PIONEERS, 571.

2. Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne — Questions soulevées comportant un volet «droit constitutionnel» et un volet «droit administratif» — Différentes normes de contrôle applicables — Lien entre la norme de contrôle en droit administratif et la norme constitutionnelle de contrôle en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés.

ROSS C. CONSEIL SCOLAIRE DU DISTRICT N° 15 DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 825.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Accès à l'information — Greffier du Conseil privé justifié de refuser l'accès aux renseignements demandés.

RUBIN C. CANADA (GREFFIER DU CONSEIL PRIVÉ), 6.

2. Tribunal des droits de la personne — Compétence — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne concluant que le conseil scolaire qui emploie l'enseignant a fait preuve de discrimination — Ordonnance enjoignant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — La conclusion de la commission à l'existence de discrimination et l'ordonnance qu'elle a rendue excèdent-elles sa compétence? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 20(1), (6.2), 21(1).

ROSS C. CONSEIL SCOLAIRE DU DISTRICT N° 15 DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 825.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Admissibilité de la preuve obtenue par saisie — Police sentant une odeur de marijuana à la porte d'une maison — Arrestations, garde des lieux et mandat de perquisition obtenu et exécuté par la suite dans les lieux — Saisie de plants de marijuana — La «recherche d'une odeur» de marijuana à la porte d'une maison constitue-t-elle une «fouille ou perquisition» au sens de l'art. 8 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette fouille ou perquisition était-elle «raisonnable»? — La fouille ou perquisition effectuée en vertu du mandat de perquisition violait-elle l'art. 8? — La preuve obtenue en violation de l'art. 8 doit-elle être écartée conformément à l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. EVANS, 8.

2. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Déconsidération de la justice — Admissibilité — Demande d'échantillon d'haleine non conforme au Code criminel et portant atteinte aux droits garantis à l'appelant par la Charte — Utilisation de la preuve obtenue à la suite de l'atteinte non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2).

R. C. DEWALD, 68.

3. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Attente en matière de vie privée — Dispositifs de jeu saisis par la police dans un établissement commercial ouvert au public — Aucune atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

R. C. FITT; R. C. KOUYAS, 70.

4. Charte des droits — Exclusion d'éléments de preuve — Compétence — Libération conditionnelle — Révocation de la libération d'office de l'accusé par la Commission en partie sur la base d'éléments de preuve recueillis d'une manière peut-être inconstitutionnelle — La Commission est-elle un «tribunal compétent» pour écarter des éléments de preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

MOORING C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES), 75.

5. Charte des droits — Tribunal compétent — Commission nationale des libérations conditionnelles — Exclusion d'éléments de preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.

MOORING C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES), 75.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve — Admissibilité — Perquisition dans l'appartement d'un tiers — Preuve matérielle saisie et admise —

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

Un accusé peut-il contester l'admission d'éléments de preuve obtenus par suite d'une perquisition dans les lieux occupés par un tiers? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. EDWARDS, 128.

7. Tribunaux — Compétence — Modification de la loi provinciale sur la location résidentielle pour créer un nouveau mécanisme de règlement des différends — Ces dispositions portent-elles atteinte à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867? — La compétence conférée au directeur de la location résidentielle et à la commission de location résidentielle est-elle «nouvelle»? — Act to Amend Chapter 401 of the Revised Statutes, 1989, the Residential Tenancies Act, S.N.S. 1992, ch. 31.

RENVOI RELATIF À CERTAINES MODIFICATIONS À LA RESIDENTIAL TENANCIES ACT (N.-É.), 186.

8. Charte des droits — Droit à un procès équitable — Incitation à la haine — Inversion du fardeau de la preuve — Accusé ne devant pas être déclaré coupable s'il établit la véracité des déclarations — La disposition applicable porte-t-elle atteinte au droit à un procès équitable? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(3)(a).

R. C. KEEGSTRA, 458.

9. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Utilisation de la preuve non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

R. C. MARTIN, 463.

10. Charte des droits — Justice fondamentale — Remise d'un fugitif à un État étranger — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition ne portant pas atteinte aux droits du fugitif garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. JAMIESON, 465.

11. Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté de circulation et d'établissement — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. WHITLEY, 467.

12. Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté de circulation et d'établissement — Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. ROSS, 469.

13. Charte des droits — Justice fondamentale — Abus de procédure — Cour d'appel ayant refusé à bon droit d'ordonner l'arrêt

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

des procédures pour cause d'abus de procédure — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. BURKE, 474.

14. Charte des droits — Élément de preuve écarté — Le juge du procès a écarté de la preuve principale du ministère public une déclaration soutirée à l'accusé en contravention de son droit à l'assistance d'un avocat — Demande subséquente par le ministère public afin d'utiliser la déclaration pour attaquer le témoignage de l'accusé au procès — Le changement dans les circonstances justifie-t-il de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. CALDER, 660.

15. Charte des droits — Liberté d'expression — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

ROSS C. CONSEIL SCOLAIRE DU DISTRICT N° 15 DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 825.

16. Charte des droits — Liberté de religion — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).

ROSS C. CONSEIL SCOLAIRE DU DISTRICT N° 15 DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 825.

17. Charte des droits — Perquisition et saisie — Motifs raisonnables et probables de perquisitionner.

R. C. RICHARD, 896.

DROIT CRIMINEL

1. Moyens de défense — Provocation — La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise au jury? — La preuve satisfaisait-elle au critère préliminaire à respecter pour soumettre la

DROIT CRIMINEL—Suite

défense au jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232.

R. C. THIBERT, 37.

2. Détermination de la peine — Armes à feu — Ordonnance d'interdiction obligatoire — Rétablissement de l'interdiction imposée par le juge du procès de posséder une arme à feu pour une période de dix ans.

R. C. AUSTIN, 72.

3. Nouvelle preuve — Nouveau procès ordonné.

R. C. GAGNON, 185.

4. Exposé au jury — Directive erronée sur la conscience de culpabilité — Cour d'appel concluant à l'absence de tort important et confirmant le verdict — Y a-t-il eu tort important?

R. C. MARINARO, 462.

5. Agression sexuelle contre une personne mineure — Accusation niée — Peu de preuve corroborante — Crédibilité des témoins — Pouvoir de la cour d'appel d'examiner et d'apprécier la preuve.

R. C. V.D.A. (A.F.), 471.

6. Infractions sexuelles — Preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité annulée en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant des passages d'un élément de preuve?

R. C. MAJID, 472.

7. Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Exagérations et faussetés flagrantes dans le témoignage du premier plaignant — Juge du procès n'acceptant pas les allégations d'agression sexuelle sans corroboration — Juge du procès concluant qu'un incident a été corroboré par le témoignage d'un deuxième plaignant qui décrivait un incident semblable — Faiblesses et contradictions dans le témoignage du deuxième plaignant — Forte possibilité de collusion — Les déclarations de culpabilité de l'accusé peuvent-elles raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a(i).

R. C. BURKE, 474.

8. Verdict — Caractère déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur — Nature étrange des prétendues agressions — Identification de l'accusé à l'aide de photographies — La déclaration de culpabilité de l'accusé peut-elle raisonnablement s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a(i).

R. C. BURKE, 474.

DROIT CRIMINEL—Suite

9. Détermination de la peine — Principe de totalité — L'accusé a plaidé coupable à de nombreux chefs d'agression sexuelle, d'inceste et d'agression armée — Les infractions résultaient de sévices d'ordre sexuel, physique et émotif qu'il a infligés systématiquement à ses enfants durant un certain nombre d'années — Le juge du procès a condamné l'accusé à une peine cumulative de 25 ans d'emprisonnement — La Cour d'appel a réduit la peine à 18 ans et 8 mois — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les peines cumulatives d'une durée déterminée ne devraient pas, sauf circonstances spéciales, dépasser 20 ans d'emprisonnement?

R. C. M. (C.A.), 500.

10. Détermination de la peine — Le châtement est un principe légitime de détermination de la peine.

R. C. M. (C.A.), 500.

11. Détermination de la peine — Appels — Norme de contrôle appliquée par les cours d'appel dans l'examen de la justesse des peines.

R. C. M. (C.A.), 500.

12. Mens rea — Meurtre — Ivresse — Intention spécifique — Directives à donner au jury relativement à une preuve d'intoxication — L'ivresse doit-elle être de nature à rendre l'accusé incapable de former l'intention requise, ou peut-elle être prise en considération dans les délibérations générales relatives à la question de savoir si l'accusé avait l'intention nécessaire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a)(i), (ii), 686(1b)(iii).

R. C. ROBINSON, 683.

13. Mens rea — Meurtre — Ivresse — Conclusion du juge du procès que les accusés avaient la capacité de former l'intention en dépit de leur état d'ébriété — Le juge du procès s'est-il mal instruit du droit sur la question de l'ivresse? — La preuve d'intoxication devait-elle être examinée indépendamment de la question générale de l'intention criminelle? — Le juge du procès a-t-il mal interprété la preuve concernant l'un des accusés au point de rendre le verdict déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

R. C. MCMASTER, 740.

14. Mens rea — Meurtre — Ivresse — Preuve que l'accusé était ivre lorsqu'il a fait feu sur la victime — Jury n'ayant reçu aucune directive sur le moyen de défense distinct voulant qu'il y ait eu absence d'intention de tuer en raison d'un état d'ébriété trop avancé pour pouvoir apprécier les conséquences probables d'un acte — Critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour que le jury puisse examiner l'opportunité de rendre un verdict de culpabilité d'infraction moindre incluse — Le jury aurait-il dû recevoir des directives sur l'ivresse en tant que moyen de défense distinct? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

R. C. LEMKY, 757.

DROIT CRIMINEL—Fin

15. Extradition — Infractions semblables commises au Canada et aux États-Unis — Peine minimale aux États-Unis beaucoup plus sévère que la peine prévue au Canada — Le ministère public aurait affirmé avant le procès relatif à l'accusation que l'audience d'extradition serait tenue si aucun plaidoyer de culpabilité n'était déposé — La conduite du ministère public est-elle indigne au point qu'il faille arrêter l'extradition?

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. LEON, 888.

16. Meurtre au deuxième degré — Verdict de culpabilité cassé par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

R. C. LAPORTE, 1074.

17. Meurtre et homicide involontaire coupable — Légitime défense et défense d'autrui — Menace verbale proférée contre un détenu — Crainte de mourir ou de subir des lésions corporelles graves — Détenu s'assurant l'aide d'autrui — La crainte doit-elle être immédiate? — Le juge du procès a-t-il omis de donner au jury des directives sur la défense d'autrui?

R. C. MCCONNELL, 1075.

DROIT DU TRAVAIL

1. Tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire — Compétence — Réparation — Conseil des relations du travail obligeant l'employeur à déposer sa dernière offre — Questions en litige faisant l'objet de négociations pendant une période limitée avant l'imposition de l'arbitrage exécutoire — La décision du Conseil est-elle une question de compétence et, en conséquence, une décision qui doit être correcte? — Si la décision relève de la compétence du Conseil, la réparation est-elle manifestement déraisonnable? — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 99(2).

ROYAL OAK MINES INC. C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL), 369.

2. Négociations collectives — Obligation de négocier de bonne foi — Employeur refusant de considérer la réintégration d'employés congédiés en raison d'actes de violence sur la ligne de piquetage — L'employeur a-t-il négocié de bonne foi? — La conclusion du Conseil qu'il n'a pas négocié de bonne foi est-elle manifestement déraisonnable?

ROYAL OAK MINES INC. C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL), 369.

3. Conventions collectives — Allégation qu'une convention a été imposée — Conseil des relations du travail obligeant l'employeur à déposer sa dernière offre — Questions en litige faisant l'objet de négociations pendant une période limitée avant

DROIT DU TRAVAIL—Fin

l'imposition de l'arbitrage exécutoire — Le Conseil avait-il compétence pour rendre l'ordonnance réparatrice? — Dans l'affirmative, la réparation était-elle manifestement déraisonnable?

ROYAL OAK MINES INC. C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL), 369.

DROIT FISCAL

1. Impôt sur le revenu — Revenu de pension — Les prestations de pension allemande du contribuable doivent-elles être incluses dans le calcul de l'impôt à payer en vertu de la partie I.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 180.2 — Loi de 1982 sur l'Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts, S.C. 1980-81-82-83, ch. 156.

SWANTJE C. CANADA, 73.

2. Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dommages-intérêts pour annulation d'emploi — Contrat de travail annulé par l'employeur avant que l'employé n'ait été tenu de fournir des services — Les dommages-intérêts touchés par l'employé sont-ils imposables à titre de revenu provenant d'une source non énumérée ou à titre d'allocation de retraite? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 3a), 56(1)a)(ii).

SCHWARTZ C. CANADA, 254.

3. Impôt sur le revenu — Taxe sur les produits et services — Saisie-arrêt — Lois relatives à l'impôt sur le revenu et à la TPS prescrivant une procédure de saisie-arrêt permettant au ministre du Revenu national d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux — Les dispositions en cause confèrent-elles au Ministre la priorité de rang sur les créanciers ayant obtenu d'un débiteur fiscal une cession générale de créances comptables? — Sens de l'expression «créancier garanti» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 224(1.2), (1.3) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 317(3), (4).

ALBERTA (TREASURY BRANCHES) C. M.R.N.; BANQUE TORONTO-DOMINION C. M.R.N., 963.

EXTRADITION

1. Remise d'un fugitif à un État étranger — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition ne portant pas atteinte aux droits du fugitif garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. JAMIESON, 465.

EXTRADITION—Fin

2. Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. WHITLEY, 467.

3. Remise d'un fugitif à un État étranger — Remise du fugitif ne portant pas atteinte à ses droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. ROSS, 469.

FAILLITE

1. Syndic de faillite — Définition d'employeur — Syndic réembauchant des employés — Responsabilité du syndic envers le régime de retraite des employés — Syndic cotisant à titre gracieux aux régimes de retraite — Syndic visé par la définition d'employeur — Reconnaissance que le pourvoi est théorique — Pourvoi ne justifiant pas la Cour à exercer de façon favorable son pouvoir discrétionnaire d'en connaître.

ST. MARYS PAPER INC. (RE), 3.

2. Disposition de fonds — REER transférés de bonne foi dans un FERR (rente d'assurance) au profit d'un tiers — Inopposabilité au syndic des dispositions faites au cours des cinq ans qui précèdent la faillite si les intérêts du disposant dans les biens n'ont pas cessé lorsque fut faite la disposition — FERR normalement à l'abri des réclamations des créanciers de la faillite — Cession de biens dans les cinq ans du transfert — Le transfert dans le FERR est-il une disposition? — Dans l'affirmative, la disposition est-elle inopposable au syndic? — Si oui, les fonds du FERR peuvent-ils servir à régler les réclamations des créanciers en dépit de l'exemption dont bénéficie le FERR? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67, 91 — The Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-26, art. 2kk), 158.

BANQUE ROYALE DU CANADA C. NORD-AMÉRICAIN, CIE D'ASSURANCE-VIE, 325.

3. Priorités — Cession générale de créances comptables — Lois relatives à l'impôt sur le revenu et à la TPS prescrivant une procédure de saisie-arrêt permettant au ministre du Revenu national d'intercepter des sommes dues à des débiteurs fiscaux — Les dispositions en cause confèrent-elles au Ministre la priorité de rang sur les créanciers ayant obtenu d'un débiteur fiscal une cession générale de créances comptables?

ALBERTA (TREASURY BRANCHES) C. M.R.N.; BANQUE TORONTO-DOMINION C. M.R.N., 963.

HYPOTHÈQUES

Intérêts — Frais de courtier — Services de courtier retenus par les débiteurs hypothécaires et rémunérés — Frais de courtier ne constituant pas des intérêts et non inclus dans le calcul du taux d'intérêt — Taux d'intérêt (calculé sans frais) non criminel.

HELO ENTERPRISES LTD. C. STANDARD TRUST CO. (LIQUIDATRICE DE), 183.

IMPÔT SUR LE REVENU

Revenu d'une entreprise ou d'un bien — Déductions — Intérêt — Déduction par le contribuable de l'intérêt versé sur un emprunt contracté pour acheter des actions — Disposition des actions dans une opération de transfert libre d'impôt — Déduction accordée seulement pour le montant des intérêts payés sur le coût des actions de remplacement — Le plein montant des intérêts est-il déductible? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)c)(i).

TENNANT C. M.R.N., 305.

INDIENS

1. Droits issus de traités — Chasse sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité — Violations de la Wildlife Act — Les Indiens inscrits ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité? — Les droits de chasse ont-ils été éteints ou modifiés par la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Le régime de délivrance des permis et les restrictions applicables à la chasse au gibier s'appliquent-ils aux Indiens inscrits? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Traité n° 8 (1899) — Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2), par. 12 — Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25 — Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.

R. C. BADGER, 771.

2. Pêche — Régie du poisson «dans la réserve» — Membres de la bande indienne accusés d'avoir contrevenu au règlement de pêche — Le règlement administratif de la bande autorise la pêche en tout temps dans les eaux de la bande indienne — La Loi sur les Indiens autorise le conseil de bande à prendre des règlements administratifs pour la régie du poisson «dans la réserve» — Le règlement administratif offre-t-il un moyen de défense contre les accusations? — Une pêcherie adjacente à une réserve fait-elle partie de la réserve? — Le lit de la rivière se trouve-t-il, pour tout ou partie, «dans la réserve»? — La présomption *ad medium filum aquae* — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81(1)o) — Règlement administratif n° 10 de la Bande indienne de Squamish.

R. C. LEWIS, 921.

INDIENS—Fin

3. Droits ancestraux — Droits de pêche — Appellant accusé d'avoir pêché sans permis — Le régime de délivrance de permis viole-t-il les droits ancestraux de l'appellant et est-il par conséquent inapplicable à ce dernier? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-britannique, DORS/84-248, art. 4(1).

R. C. NIKAL, 1013.

INTÉRÊTS

Sens du terme — Services de courtier retenus par les débiteurs hypothécaires et rémunérés — Frais de courtier ne constituant pas des intérêts.

HELO ENTERPRISES LTD. C. STANDARD TRUST CO. (LIQUIDATRICE DE), 183.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Discrimination — Services au public — Refus d'un ordre fraternel d'accueillir une femme parmi ses membres parce qu'elle est une femme — Ordre fraternel se consacrant à la collecte et à la conservation de documents historiques — Documents mis à la disposition du public — Les activités de l'ordre sont-elles relatives «à l'offre ou à la fourniture au public de services»? — L'appartenance à l'ordre est-elle en soi un service offert au public? — Le refus d'admettre les femmes comme membres est-il un acte discriminatoire illicite? — Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11, art. 8a), c), 10(1).

GOULD C. YUKON ORDER OF PIONEERS, 571.

2. Discrimination — Services au public — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Le conseil scolaire qui emploie l'enseignant fait-il preuve de discrimination quant aux services qu'il offre au public? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 5(1).

ROSS C. CONSEIL SCOLAIRE DU DISTRICT N° 15 DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 825.

PREUVE

Admissibilité — Preuve obtenue à la suite d'une violation technique de la Charte — Utilisation de la preuve non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

R. C. DEWALD, 68.

TRIBUNAUX

Cour d'appel — Cour d'appel écartant les conclusions de fait du juge de première instance concernant la répartition des dommages-intérêts touchés par un contribuable pour l'annulation d'un contrat de travail — La Cour d'appel était-elle fondée à modifier les conclusions de fait du juge de première instance? — Principes devant être suivis par les première et seconde cours d'appel.

SCHWARTZ C. CANADA, 254.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9